



TESIS DOCTORAL

**LAS TRANSFORMACIONES DEL SISTEMA
INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
DURANTE LOS PROCESOS DE DEMOCRATIZACIÓN
DE LOS ESTADOS PARTES**

Autor: Felipe González Morales

Director: Dr. Fernando Mariño Menéndez

**INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS
DOCTORADO EN ESTUDIOS AVANZADOS EN DERECHOS HUMANOS**

Getafe, febrero 2012

TESIS DOCTORAL
LAS TRANSFORMACIONES DEL SISTEMA INTERAMERICANO
DE DERECHOS HUMANOS DURANTE LOS PROCESOS DE
DEMOCRATIZACIÓN DE LOS ESTADOS PARTES

Autor: Felipe González Morales

Director: Dr. Fernando Mariño Menéndez

Firma del Tribunal Calificador:

Presidente:

Firma:

Vocal:

Vocal:

Vocal:

Secretario:

Calificación:

Getafe, de de

Para mi madre, por su cariño y por haberme enseñado la pregunta
básica para todo investigador: “¿será verdad?”

Para mis hijos Inés y Santiago, que me llenan de afecto y de
preguntas

En memoria de mi padre

ÍNDICE

ABREVIATURAS	10
AGRADECIMIENTOS.....	11
INTRODUCCIÓN	13

PRIMERA PARTE: LAS TRANSFORMACIONES ORGÁNICAS Y PROCESALES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DURANTE LOS PROCESOS DE DEMOCRATIZACIÓN	21
--	-----------

CAPÍTULO I: ANTECEDENTES: SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS EN UN CONTEXTO DE REGÍMENES AUTORITARIOS	23
--	-----------

1. La creación de la OEA y el surgimiento del Sistema	23
2. Establecimiento y trabajo inicial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	25
3. La adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos	31
4. La Comisión y la Corte luego de la adopción de la Convención Americana	37
a) Inercias y Cambios	37
b) Los primeros casos ante la Corte Interamericana y sus efectos en el Sistema.....	40
c) El impacto de los Informes sobre Países de la Comisión	45
d) La adopción del Protocolo sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales	47
e) Los órganos políticos de la OEA y su papel en materia de derechos humanos en este período	49
5. Balance del Sistema Interamericano en el contexto de Regímenes Autoritarios	52

CAPÍTULO II: DEBATES Y PROPUESTAS DE REFORMAS AL SISTEMA INTERAMERICANO DURANTE LOS PROCESOS DE DEMOCRATIZACIÓN	55
--	-----------

1. La relación entre órganos políticos y órganos de derechos humanos de la OEA y los debates sobre reformas	55
2. Algunas propuestas de reformas: redefiniendo los roles de protección y promoción de los derechos humanos de la Comisión	61
3. Algunas propuestas de reformas sobre aspectos orgánicos de la Comisión y la Corte	66
a) Ampliación de la Comisión	66
b) Posibilidad de fusionar la Corte y la Comisión en un solo órgano	67
c) Creación de un tribunal permanente	70
d) Requisitos para formar parte de la Comisión y la Corte	71
e) La autonomía funcional de la Comisión	75
f) Aspectos Presupuestarios	78
4. Propuestas sobre aspectos procesales.....	79

CAPÍTULO III: CAMBIOS EN EL PROCEDIMIENTO DE CASOS EN LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	84
---	-----------

1. Introducción	84
2. Trámites iniciales del procedimiento en la Comisión	85
3. El agotamiento de los recursos internos	88
4. El establecimiento de una etapa de admisibilidad en el procedimiento ante la Comisión	91
5. La doctrina de la “cuarta instancia”	94
6. La regulación creciente de la etapa de fondo	98
7. La solución amistosa de casos	99
8. La decisión sobre el fondo y la cuestión de la publicidad y confidencialidad en la tramitación	102
9. Criterios para el envío de casos por la Comisión a la Corte	105
10. El control de la legalidad de la tramitación de casos en la Comisión	109
11. La creación de un Fondo para el litigio en la Comisión	116
12. La duración del procedimiento en la Comisión	117
13. El cumplimiento de las resoluciones de la Comisión bajo el sistema de casos	120

CAPÍTULO IV: CAMBIOS EN EL PROCEDIMIENTO DE CASOS EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS..... 123

1. Introducción	123
2. Roles de las partes en el litigio de casos ante la Corte	123
a) Rol de las víctimas en el litigio de casos ante la Corte	125
b) Rol de la Comisión en el litigio de casos ante la Corte	127
3. Los jueces <i>ad-hoc</i> y la participación de jueces de la nacionalidad del Estado en casos no interestatales	130
4. La ponderación por la Corte de la prueba rendida ante la Comisión	134
5. Procedimiento sobre cuestiones de admisibilidad y fondo en la Corte	138
6. Un Fondo para el litigio de las víctimas ante la Corte.....	140
7. ¿Acceso directo de las víctimas a la Corte?	142
8. El cumplimiento de las sentencias de la Corte	145

CAPÍTULO V: LA EVOLUCIÓN DE LAS MEDIDAS URGENTES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS 152

1. Introducción	152
2. Aspectos generales sobre las medidas cautelares	153
3. Causales para la concesión de medidas cautelares	158
4. Aspectos generales de las medidas provisionales	163
5. Los derechos susceptibles de protección mediante las medidas cautelares y provisionales	168
6. Las medidas urgentes de naturaleza colectiva.	171
7. La implementación y seguimiento de las medidas urgentes	173
8. ¿Son las medidas urgentes un amparo internacional?	176

CAPÍTULO VI: LA EVOLUCIÓN DE LAS OTRAS FUNCIONES DE LA COMISIÓN 179

1. Introducción	179
2. Las transformaciones en el monitoreo de países de la Comisión	180
a) Evolución de los informes sobre países	180
b) Cambios en las modalidades de visitas	184
c) Una experiencia reciente de monitoreo: el Golpe de Estado en Honduras y sus impactos	187
3. El desarrollo del trabajo temático de la Comisión	190
a) Introducción	190
b) Las Relatorías Temáticas	191
c) Las Audiencias Temáticas	201
4. Las solicitudes de información a los estados bajo el artículo 41 de la Convención Americana.....	203
5. Los pedidos urgentes de información conforme al artículo XIV de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas	204
6. Emisión de Comunicados de Prensa	205
7. Labores de Promoción	206

CAPÍTULO VII: LA PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS210

1. Antecedentes históricos en la OEA	210
2. Iniciativas para establecer un sistema de status consultivo	217
3. Rasgos principales del sistema de status consultivo de la OEA	220

SEGUNDA PARTE: LAS TRANSFORMACIONES DEL SISTEMA INTERAMERICANO EN CUANTO AL ALCANCE Y CONTENIDO MATERIAL DE LOS DERECHOS PROTEGIDOS..... 227

CAPÍTULO VIII: LA ADOPCIÓN DE NUEVOS INSTRUMENTOS INTERAMERICANOS DE DERECHOS HUMANOS DURANTE LOS PROCESOS DE DEMOCRATIZACIÓN 228

1. La falta de “Universalidad” del Sistema Interamericano y la adopción de nuevos instrumentos de derechos humanos	228
2. La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas	232
3. La Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (“Convención de Belém do Pará”)	238
4. La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad	246
5. La entrada en vigor del Protocolo de San Salvador sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales	248
6. Adopción del Protocolo sobre Abolición de la Pena de Muerte	248
7. Preparación de una Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas	251
8. Preparación de una Convención Interamericana contra el Racismo y toda forma de Discriminación e Intolerancia	255

CAPITULO IX: EL SISTEMA INTERAMERICANO FRENTE A LAS VIOLACIONES GRAVES, MASIVAS Y SISTEMÁTICAS 262

1. Introducción	262
2. Los primeros pronunciamientos del Sistema Interamericano	263
3. La Comisión Interamericana y las amnistías en procesos de transición a la democracia	268
4. El desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre amnistías	277
5. Balance sobre la evolución del Sistema Interamericano en la materia	292
6. El debate en la doctrina sobre el tratamiento de las violaciones graves a los derechos humanos	294
a. Aspectos generales	294
b. El papel de los jueces	303
7. El alcance de los derechos involucrados y las limitaciones recíprocas entre derechos	309
a. ¿Cuáles son los derechos afectados?	309
b. La discusión sobre el balanceamiento de bienes	313
8. Conclusiones	320

CAPÍTULO X: EL TRATAMIENTO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO 323

1. Introducción	323
2. La Libertad de Expresión en la primeras décadas del Sistema Interamericano: desarrollo de estándares en un contexto autoritario	323
3. La Libertad de Expresión en un contexto de procesos de democratización ...	333
4. Censura judicial	334
5. Censura y restricciones indirectas	344
6. Normas de desacato	347
7. Otras formas de responsabilidades ulteriores	355
a) La relevancia del interés público de las expresiones y opiniones	355
b) El uso del Derecho Penal	360
c) La doctrina de la real malicia	368
8. Un balance sobre censura previa y responsabilidades ulteriores	372
9. Acceso a la información pública	376
10. Conclusiones	381

CAPÍTULO XI: LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO383

1. Introducción	383
2. Consideraciones generales y antecedentes históricos	383
3. Consagración de los DESC en los instrumentos del Sistema Interamericano	390
4. Los alcances de los DESC	398
a) La naturaleza programática u obligatoria de los DESC en el Sistema Interamericano	398

b) Las obligaciones positivas y negativas en la materia	400
5. La cláusula de progresividad en los instrumentos interamericanos	405
6. Las vías directas de justiciabilidad de los DESC en el Sistema Interamericano	416
7. Las vías indirectas de justiciabilidad	432
8. Las medidas urgentes y los DESC	441
9. Los derechos económicos, sociales y culturales y el acceso a la justicia	446
10. Elaboración de indicadores de progreso en materia de DESC en el Sistema Interamericano	459
11. A manera de balance	465

CONCLUSIONES	467
---------------------------	------------

BIBLIOGRAFÍA	479
---------------------------	------------

ABREVIATURAS

ACNUR	Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados
AG	Asamblea General de la Organización de Estados Americanos
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CARICOM	Comunidad del Caribe
CEJIL	Centro por la Justicia y el Derecho Internacional
CELS	Centro de Estudios Legales y Sociales
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CLADEM	Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CP	Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos
CSCE	Comisión sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa
ECOSOC	Consejo Económico y Social de Naciones Unidas
IIDH	Instituto Interamericano de Derechos Humanos
MC	Medida Cautelar
OC	Opinión Consultiva
OEА	Organización de Estados Americanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONG	Organización no gubernamental
ONU	Organización de Naciones Unidas
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
UNHCR	Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas

AGRADECIMIENTOS

Cualquier listado de agradecimientos en relación con este trabajo resulta no sólo incompleto sino también injusto, puesto que implica necesariamente omitir muchas personas. No obstante, quiero agradecer de manera especial a mis colegas, amigos y amigas de las instituciones en las cuales trabajo: a los de la Universidad Diego Portales por su estímulo intelectual y calidez humana desde hace muchos años y por su apoyo para la realización de esta tesis; a mis colegas y ex colegas y al personal de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; así como al Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” y al Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid por la hospitalidad brindada. Quisiera agradecer de manera especial al Profesor Fernando Mariño Menéndez por su valiosa orientación en la dirección de este trabajo. También le agradezco a los profesores Rafael de Asís y Francisco Javier Ansoátegui, quienes me apoyaron desde el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas.” Asimismo, vaya mi reconocimiento para quienes de diversas maneras me han apoyado desde la Universidad Carlos III, en especial a los profesores y profesoras Carlos Fernández Liesa, Alicia Cebada, Carmen Pérez González, Jorge Zabala y Pablo Zapatero.

INTRODUCCIÓN

A lo largo de sus más de cinco décadas de existencia, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que opera al interior de la Organización de Estados Americanos (OEA), ha vivido transformaciones de gran envergadura, que en buena medida han ido teniendo lugar de manera coetánea con los cambios políticos experimentados en los Estados Partes de la mencionada organización. Así, además de la creación sucesiva de dos órganos especializados en la materia (la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos), el Sistema Interamericano ha ido adoptando una serie de instrumentos internacionales, expandiendo sus iniciativas y competencias y ejerciendo una creciente influencia en la situación de los Estados en dicho ámbito temático. Durante los primeros 30 años de funcionamiento del sistema Interamericano de Derechos Humanos un número significativo de Estados se hallaba regido por dictaduras o por otras formas de gobiernos autoritarios. Posteriormente, en especial a partir de la década de los noventa del siglo pasado, se llevan adelante procesos de democratización que han conducido a que en la actualidad prácticamente la totalidad de los Estados Partes de la OEA se encuentren regidos por gobiernos elegidos en las urnas.

Esta tesis estudia las transformaciones experimentadas por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el contexto de los procesos de democratización que han tenido lugar en los últimos 20 años en la mayoría de los Estados que conforman la OEA. Se trata de procesos que no han sido de carácter lineal ni simultáneos en todos los países, puesto que en algunos de ellos de hecho han tenido lugar retrocesos. El nivel de apego a las reglas de un Estado de Derecho es variable según los Estados de que se trate y los procesos de democratización han estado marcados en una serie de países por una cierta inestabilidad. Sin embargo, puede observarse como una tendencia en las dos últimas décadas la institucionalización de gobiernos democráticamente electos, lo cual por sí mismo representa un avance importante para la vigencia de los derechos humanos en la región. Junto a ello, como tendencia general aunque no en todos los Estados, se han fortalecido los sistemas judiciales en su rol de protección interna de los derechos humanos y de aplicación de los estándares internacionales en la materia. Muchos Estados de la OEA han creado además un conjunto de mecanismos domésticos para la protección y promoción de tales

derechos. A ello cabe agregar el significativo incremento en el trabajo y la participación de la sociedad civil tanto a nivel interno de los países como respecto del Sistema Interamericano.

Si bien en términos declarativos el fortalecimiento de la democracia ha ocupado un lugar central entre los objetivos de la OEA desde la fundación de dicha organización, ha sido recién en los últimos 20 años que se han dado pasos relevantes para su consolidación en los Estados que forman parte de ella. En estos procesos el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha desempeñado un papel relevante. De manera recíproca, el fortalecimiento de la protección interna de tales derechos ha ejercido una influencia creciente en la labor de la Comisión y la Corte Interamericana, lo que se refleja en la atención que estos órganos prestan a los desarrollos jurisprudenciales de diversos países, la que ha ido aumentando con el transcurso del tiempo.

Para emprender este estudio la tesis se divide en dos grandes partes. La primera de ellas se refiere a los aspectos orgánicos y procesales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que han experimentado transformaciones como consecuencia de los procesos de democratización en el Continente Americano. La segunda parte revisa algunas materias sustantivas de derechos en las que se han producido cambios relevantes en el mencionado contexto.

La primera parte del trabajo se inicia con un capítulo en el que se proporcionan algunos antecedentes históricos acerca del surgimiento y desarrollo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el período anterior a los procesos de democratización, en el cual existió una importante presencia de regímenes autoritarios en los Estados de la OEA. De esta manera, en dicho capítulo se analiza de manera sucinta la evolución del Sistema desde su creación en 1960 hasta 1990, año desde el cual los procesos de democratización se han expandido por casi todos los países del Continente.

Posteriormente, la primera parte de la tesis se adentra en una serie de temas en los que las transformaciones han resultado significativas. Así, se revisa la relación entre órganos políticos y órganos de derechos humanos de la OEA; los debates acerca del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en especial sobre las funciones de la

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH); así como las iniciativas de reforma debatidas y las transformaciones que se han hecho efectivas en relación con cuestiones tales como algunos aspectos orgánicos de la Comisión y la Corte, la tramitación de casos en ambos organismos (la función consultiva de la Corte, en cambio, sólo se trata en el capítulo inicial, puesto que posteriormente no ha experimentado mayores transformaciones funcionales, sin perjuicio de que se analice una serie de ellas, incluso las más recientes, a propósito de temas sustantivos), las medidas urgentes de dichos órganos, el trabajo temático de la Comisión, los informes sobre países y las visitas a los Estados de la CIDH, y la participación de la sociedad civil ante los órganos políticos de la OEA y su impacto en materia de derechos humanos.

La segunda parte de la tesis aborda el desarrollo de una selección de temas sustantivos de derechos humanos en el marco del Sistema Interamericano durante los procesos de democratización. En dicha parte del trabajo, se revisa primeramente la labor de establecimiento de parámetros (“standard setting”) emprendida, la que ha consistido fundamentalmente en la preparación y adopción de instrumentos relativos a aspectos específicos en materia de derechos humanos. Posteriormente, el trabajo analiza de manera sucesiva el tratamiento de las violaciones masivas y sistemáticas cometidas por los regímenes dictatoriales precedentes, con especial énfasis en la cuestión de las normas de amnistía de tales abusos; la evolución del Sistema Interamericano en lo concerniente al derecho a la libertad de expresión; y el trabajo desarrollado por dicho sistema en materia de derechos económicos, sociales y culturales (DESC).

La selección de los temas sustantivos realizada se basa fundamentalmente en dos criterios: el de relevar una muestra temática variada y el de mostrar algunas áreas en las que el aporte del Sistema Interamericano ha sido especialmente relevante, ayudando a la consolidación del Estado de Derecho en diversos países de la región, y que incluso en algunos aspectos se ha extendido más allá de la OEA, influyendo en la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a nivel mundial.

Así, el primero de los aspectos sustantivos que se aborda - el referido a la labor de preparación y adopción de nuevos instrumentos de derechos humanos- refleja la creciente diversidad temática del Sistema Interamericano desde que se iniciaran los

procesos de democratización, puesto que junto con profundizarse la regulación y protección en áreas históricamente asumidas por el Sistema Interamericano (cuyo es el caso de la desaparición forzada de personas), se extiende a otras a las que el Sistema había prestado escasa atención (como la violencia contra la mujer o los derechos de las personas que viven con discapacidades).

El segundo aspecto sustantivo – el tratamiento de las violaciones masivas y sistemáticas cometidas por muchos regímenes autoritarios por parte de los sistemas democráticos que las reemplazaron- ha dado lugar a desarrollos del Sistema Interamericano que han tenido amplia repercusión en el Derecho Internacional. En efecto, los desarrollos en dicho Sistema en materia de desaparición forzada de personas o respecto de las normas de amnistía de esas y otras violaciones graves violaciones masivas y sistemáticas – declarándolas en contravención a los estándares internacionales de derechos humanos- precedió a pasos en la misma dirección en el Sistema de Naciones Unidas y en el Sistema Europeo. Asimismo, son de gran relevancia el tratamiento dado por el Sistema Interamericano a la cuestión de la búsqueda de la verdad respecto de tales abusos y las formas de reparación a ser adoptadas. Lo que en un principio apareció casi como una acción testimonial del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en estas materias ha adquirido de manera paulatina pero sostenida una creciente influencia en los países de la región y más allá de sus fronteras.

A su turno, los desarrollos en materia de libertad de expresión en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos constituyen un ejemplo paradigmático en el marco de los derechos civiles y políticos. La jurisprudencia de dicho sistema ha enfatizado la centralidad de la libertad de expresión en la construcción de sistemas democráticos genuinos y su papel catalizador para el ejercicio de los demás derechos humanos por la ciudadanía. En aspectos tales como los alcances de la censura administrativa y judicial, la tensión entre libertad de expresión y honor de los funcionarios y personajes públicos, y el acceso a la información pública, el Sistema Interamericano ha ido a la vanguardia del Derecho Internacional. De allí la importancia de analizar este tema en la presente tesis.

Cerrando los aspectos sustantivos abordados en la tesis, cabe resaltar que la labor que lleva a cabo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en relación con los derechos económicos, sociales y culturales se ha ido fortaleciendo con el curso de los años, aun cuando puede considerarse que no es de la misma envergadura que la que ha tenido lugar en Naciones Unidas. No obstante, su revisión se incluye en esta tesis considerando que, de forma paulatina, durante los procesos de democratización en los Estados de la OEA la atención del Sistema Interamericano hacia tales derechos ha ido experimentando un cierto crecimiento, que en varios aspectos el mismo ha realizado aportes relevantes, y que dicha labor ilustra la mayor diversificación temática que el Sistema Interamericano ha ido adquiriendo.

Aunque la tesis contiene, por cierto, aspectos descriptivos, su enfoque es predominantemente analítico. Por ejemplo, la descripción de las funciones de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos no pretende ser exhaustiva (y, en este sentido, aquella parte de la tesis no pretende, ni de cerca, convertirse en un Manual para la tramitación de casos), sino que selecciona los tópicos que resultan más relevantes, los que son luego sometidos a análisis. En algunos pasajes las descripciones se efectúan en notas a pie de página.

Por otra parte, la tesis contiene tanto un análisis dogmático de los estándares del Sistema Interamericano y de su evolución, como una revisión de las prácticas de los órganos de derechos humanos del Sistema Interamericano, de los órganos políticos de la OEA en cuanto ellas sean relevantes en lo que se refiere a tales derechos, de los Estados y de la sociedad civil. Dado que el Sistema Interamericano –como los demás sistemas internacionales de protección y promoción de los derechos humanos- ha experimentado importantes transformaciones, me ha parecido relevante procurar situarlas en el contexto en el que ellas han tenido lugar, de manera de explicarlas debidamente y de extraer lecciones para el fortalecimiento futuro del sistema.

Para la elaboración de la tesis he recurrido a la doctrina existente en las materias de que ella trata, a la jurisprudencia e informes de la Comisión y la Corte Interamericana, a documentos de los órganos políticos de la OEA con incidencia en derechos humanos, así como a documentos de los Estados y de la sociedad civil. También se hace referencia a la jurisprudencia de la ONU y del Sistema Europeo de

Derechos Humanos en aspectos relevantes. Respecto de la doctrina sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, cabe anotar que su desarrollo es muy variable según la materia de la que se trate. Por señalar algunos ejemplos, ella es abundante en lo que se refiere al tratamiento de las violaciones masivas y sistemáticas o al sistema de casos en el Sistema Interamericano, pero escasa en cuanto al papel de los órganos políticos de la OEA en materia de derechos humanos. Debido a esta disparidad, algunas secciones de la tesis incluyen numerosas referencias doctrinarias mientras que otras remiten fundamentalmente a pronunciamientos de los órganos de los organismos políticos de la OEA.

Las distintas iniciativas que he emprendido en los últimos 20 años en relación con el Sistema Interamericano, como académico (especialmente desde el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, así como impartiendo cursos en la Universidad Carlos III de Madrid, en American University y en otras universidades), como miembro de la sociedad civil operando ante dicho sistema (primero desde Global Rights y luego desde el movimiento clínico latinoamericano de derechos humanos) y, más recientemente, como miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, organismo del cual fuera también Presidente, han sido de gran utilidad para que la visión reflejada en esta tesis no sea únicamente el resultado de un estudio realizado entre cuatro paredes sino que haya sido testeada en la práctica. Al sostener esto no pretendo en absoluto, desde luego, afirmar que tenga la última palabra al respecto y muchas de las afirmaciones que formulo ciertamente pueden resultar polémicas y de seguro serán a su vez objeto de cuestionamiento y revisión crítica. Esta misma experiencia en diversas instituciones y en diferentes roles me ha permitido dialogar ampliamente con muchísimas personas acerca de los temas tratados en esta tesis.

Dado que el objeto de estudio de la tesis se centra en los procesos de democratización experimentados en el Continente Americano y su impacto en las transformaciones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el período que se analiza corresponde fundamentalmente a la última década del siglo XX y la primera década del siglo XXI (fijándose así como punto de corte el 31 de diciembre de 2010), sin perjuicio de que en un primer capítulo se revise el surgimiento y desarrollo de dicho sistema en las décadas previas a las recién indicadas. Se realizan, además, algunas pocas

menciones a hechos ocurridos con posterioridad a la fecha de corte indicada, cuando ello me ha parecido indispensable para la mejor comprensión de la situación que se analiza.

Una de las cuestiones que suele llamar la atención con mucha frecuencia es el desarrollo experimentado por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en condiciones que con frecuencia han sido muy adversas para sus labores. En particular, durante largo tiempo los regímenes dictatoriales ocuparon un espacio importante en América, y posteriormente, aunque se han producido procesos de democratización de manera masiva en dicho Continente, en ocasiones dichos procesos han sido débiles e inestables. En el presente estudio se hace una revisión a este respecto, atendiéndose a su impacto en los órganos políticos y de derechos humanos de la OEA, formulándose explicaciones posibles para que incluso en contextos complejos como los señalados hayan tenido lugar desarrollos de importancia.

**PRIMERA PARTE: LAS TRANSFORMACIONES ORGÁNICAS Y
PROCESALES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DURANTE
LOS PROCESOS DE DEMOCRATIZACIÓN**

CAPÍTULO I: ANTECEDENTES: SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS EN UN CONTEXTO DE REGÍMENES AUTORITARIOS

1. LA CREACIÓN DE LA OEA Y EL SURGIMIENTO DEL SISTEMA

Los Estados del Continente Americano se hallaban agrupados desde fines del siglo XIX, y más precisamente desde 1890, en la Unión Panamericana. En el ámbito de dicha organización llevaron a cabo algunas iniciativas puntuales relacionadas con la protección de los derechos humanos, especialmente respecto del asilo político, institución de larga tradición en América Latina, pero sin que ellas alcanzaran un carácter sistemático ni menos que llegaran a la creación de algún órgano de protección de tales derechos. La situación al respecto, por lo demás, era análoga a la del resto del mundo; en efecto, en el marco de la Sociedad de las Naciones, creada al término de la Primera Guerra Mundial, tampoco se estableció un sistema general de protección de los derechos humanos, sin perjuicio de desarrollarse iniciativas para la protección de las minorías.

Sin embargo, junto con la creación de la OEA, en octubre de 1948, los Estados que habían concurrido para su establecimiento adoptaron la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.¹ En realidad, el que se haya adoptado un instrumento de envergadura al mismo momento del establecimiento de una nueva organización sólo se explica por el hecho de que ésta fue precedida por otra –la ya mencionada Unión Panamericana–, que trabajó en la preparación de dicho instrumento.² Como se aprecia, estos acontecimientos tuvieron lugar el mismo año de la adopción de la Declaración

¹ Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, 2 de mayo de 1948.

² Como señala Goldman, “[l]os Estados americanos empezaron a diseñar un programa regional incipiente para la protección de los derechos humanos durante la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, la llamada Conferencia de Chapultepec. Esta conferencia, que tuvo lugar en 1945, tuvo el propósito de reflexionar en torno de la dirección que habría de tomar el sistema interamericano al término de la guerra.” Robert K. Goldman, *Historia y Acción: el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el papel de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, en: Ana Corrubias Velasco y Daniel Ortega Nieto (comps.), *La Protección Internacional de los Derechos Humanos y el papel de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: un reto en el siglo XXI*, El Colegio de México, Centro de Estudios Internacionales, México (2007), pp.109-148; la referencia es de página 111. Además, la Conferencia de Chapultepec le encomendó al Comité Jurídico Interamericano la elaboración de un tratado sobre derechos y deberes del hombre, que no llegó a ser adoptado, pero que demuestra que se venía realizando trabajo en materia de instrumentos.

Universal de Derechos Humanos por las Naciones Unidas (ONU)³; en rigor, la Declaración Americana precedió en dos meses al instrumento de derechos humanos de la ONU.

Los caminos paralelos de la OEA y la ONU en materia de derechos humanos, sin embargo, terminaron ahí, puesto que mientras en esta última se continuó avanzando en los años que siguieron,⁴ aunque de manera lenta, en el establecimiento de un entramado institucional para la protección y promoción de tales derechos, en la OEA no hubo seguimiento alguno en los once años siguientes en orden a establecer mecanismos institucionales de protección. Al momento de la adopción de la Declaración Americana, los Estados de la OEA habían aprobado también una resolución en la que se reconocía la necesidad de contar con un órgano judicial encargado de la protección de los derechos humanos, encomendándosele al Comité Jurídico Interamericano la elaboración de un Proyecto de Estatuto que echara las bases de una Corte Interamericana.

El Comité, sin embargo, consideró prematuro el preparar dicho estatuto, aduciendo que ello debía estar precedido por la suscripción de un tratado general sobre derechos humanos por la OEA. Esto último solo se alcanzaría a fines de los sesenta. En los cincuenta se aprobaron, no obstante, dos pactos sobre derechos de la mujer: la Convención Interamericana sobre la Nacionalidad de la Mujer y la Convención Interamericana sobre concesión de los Derechos Políticos a la Mujer. Pero al carecerse de mecanismos de protección ello resulta insuficiente para señalar que por esa época existía un “Sistema Interamericano de Derechos Humanos” en estricto rigor.⁵

También en esos primeros años fue incorporada a la OEA la Comisión Interamericana de Mujeres. Sin embargo, no se trata de un órgano de protección de los derechos humanos, sino básicamente de una entidad dedicada al estudio de esa temática

³ Aprobada por la Asamblea General de la ONU en Nueva York el 10 de diciembre de 1948.

⁴ Señalo que se continuó avanzando, ya que el trabajo de la ONU en la materia se había iniciado desde antes de 1948.

⁵ Además, en la Décima Conferencia Internacional Interamericana, efectuada en 1954 en Caracas, se adoptaron resoluciones sobre discriminación racial, sufragio universal y fortalecimiento del sistema de protección de derechos humanos, instándose a los Estados a dar aplicación progresiva a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, así como a adoptar medidas para garantizar tales derechos. Véase, Goldman, cit., página 115.

y que ha trabajado en la preparación de algunos instrumentos, como los indicados en el párrafo precedente.⁶

Sin embargo, sería sólo con la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que se pondría en marcha un sistema de protección propiamente tal de tales derechos. A esto nos referimos en el apartado siguiente.

2. ESTABLECIMIENTO Y TRABAJO INICIAL DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Sólo 11 años después de la creación de la OEA esta decidió crear un órgano de protección en la materia: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión” o CIDH). Así, fue recién en 1959, y como reacción a la Revolución Cubana y a la información que circulaba de que la dictadura de Trujillo en República Dominicana había intentado asesinar al Presidente de Venezuela, que se adoptó la decisión de establecer la CIDH, lo cual ocurrió en una Reunión de Consulta de Cancilleres celebrada en Santiago de Chile. El hecho de que se tratara de una Reunión de Consulta y no de un encuentro regular, pone de manifiesto la contingencia de la creación de la Comisión.

La CIDH entró en funciones en 1960, una vez que se aprobó su Estatuto. Conforme a éste, adoptado por los órganos políticos de la OEA, la Comisión fue establecida como una entidad autónoma de la dicha organización⁷ y recibió una serie de atribuciones. Entre ellas se encontraban la preparación de estudios e informes que considerara necesarios para el desempeño de sus funciones; la promoción de los derechos humanos; la formulación de recomendaciones a los gobiernos en estas materias; la solicitud de información a los Estados acerca de las medidas adoptadas a nivel interno; y el servir como órgano de consulta de la OEA en materia de derechos

⁶ La Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) es en la actualidad un organismo especializado de la OEA, aunque su existencia es previa a ésta, ya que fue creada en 1928, como resultado de la Sexta Conferencia Internacional Americana. La Novena Conferencia Internacional Americana aprobó el Estatuto orgánico de la Comisión, el cual dispuso que la Comisión tendría carácter de entidad permanente. La Quinta Asamblea Extraordinaria de la Comisión Interamericana de Mujeres aprobó un nuevo Estatuto Orgánico de la Comisión, confirmando su carácter de entidad permanente y ratificando que la Secretaría de la misma funciona adscrita a la Secretaría General de la OEA.

⁷ Los alcances y las limitaciones de dicha autonomía los revisaremos en varias oportunidades a lo largo de este trabajo, especialmente en el Capítulo II.

humanos. Según el Estatuto, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre sería el parámetro conforme al cual la Comisión evaluaría la situación interna de los Estados.

También se estableció que la Comisión estaría integrada por siete comisionados, quienes desempeñarían sus labores a título personal y no como representantes de los Estados de los cuales fueran nacionales, factor que, como analizaremos más adelante, resultó fundamental para el desarrollo de su trabajo. La sede de la CIDH fue establecida en Washington, D.C., Estados Unidos, misma ciudad donde opera la sede central de la OEA.

Otro aspecto interesante es que el Estatuto facultaba a la Comisión para trasladarse al territorio de cualquier Estado de la OEA previa autorización del mismo. Esta atribución contribuiría muy pronto en la práctica a darle visibilidad y reconocimiento a la Comisión a nivel de la población de los Estados, aumentando el impacto de sus actividades.

El Estatuto, en cambio, no contemplaba la posibilidad de que la Comisión tramitara y decidiera denuncias sobre casos específicos de violaciones cometidas por los Estados. Sin embargo, desde su primer período de sesiones la Comisión puso énfasis en la importancia de llegar a poseer dicha función y así se lo hizo saber a los órganos políticos de la OEA. Así, ya en su primer período de sesiones la Comisión le hizo saber a los organismos políticos de la OEA que sus facultades "no le permitirían realizar la misión que los pueblos de América pueden esperar de ella en defensa de los derechos humanos, pues ha considerado que su deber no debe (sic) limitarse a la simple promoción del respeto de esos derechos, sino que está obligada a cuidar de que ellos no sean violados."⁸

Durante los años siguientes la Comisión plantearía reiteradamente esta propuesta, hasta obtener finalmente su aprobación, según expondré en seguida. Cabe hacer notar que desde su creación en 1960 la Comisión comenzó a recibir tales denuncias, sin que las declarara inadmisibles; ellas, en cambio, las empleaba como base para la elaboración de informes sobre países, requiriendo en una serie de oportunidades

⁸ OEA/Ser. L./V/II. 1 Doc. 32, 14 marzo 1961.

informaciones de los Estados respectivos acerca de lo señalado en ellas. Así, la Comisión dejó constancia en el Acta de su primer período de sesiones que “acordó declarar que no estaba facultada para tomar ninguna decisión individual respecto a las comunicaciones o reclamaciones suscritas que reciba, pero que las conocería con el objeto de utilizarlas en la aplicación de los incisos b) y c) del [artículo 9 del] Estatuto”, así como resolvió “[e]ncargar a su Secretaría que transmita las comunicaciones o reclamaciones recibidas a los Gobiernos de los Estados respectivamente interesados, cuando así lo hubiere acordado la Comisión durante los períodos de sesiones, o su Presidente durante los recesos de ellas.”⁹

Un elemento clave para que desde un comienzo la Comisión desempeñara un papel activo por la protección de los derechos humanos lo constituyó el hecho ya mencionado de que los comisionados servirían sus cargos a título personal y no como representantes de sus respectivos Estados. A nivel de Naciones Unidas la situación era otra muy distinta, ya que los Estados se encontraban representados directamente en la Comisión de Derechos Humanos. Esta característica llevó a menudo que la labor de la Comisión de la ONU –reemplazada en 2006 por el Consejo de Derechos Humanos, en el que también son los Estados los representados- estuviera atravesada por una lógica diplomática, con el consiguiente cuestionamiento de su independencia y coherencia desde el punto de vista de los estándares que tenía por misión proteger. Recién con la creación de múltiples organismos (colectivos o unipersonales), algunos dependientes de la antigua Comisión y ahora del Consejo y otros establecidos por tratados de derechos humanos, en los que sus miembros actúan a título individual, la ONU ha logrado compensar en alguna medida este déficit en las últimas décadas.

El hecho de que sus miembros operaran a título individual le dio a la Comisión Interamericana una agilidad y poder de decisión sin precedentes en la OEA, una organización que históricamente no se ha caracterizado precisamente por poseer esas características. Por ejemplo, en relación con la cuestión de las denuncias específicas, la

⁹ Ídem. Los mencionados incisos del Estatuto de la época establecían lo siguiente: b) Formular recomendaciones en caso de que lo estime conveniente, a los Gobiernos de los Estados miembros en general, para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro de sus legislaciones internas y tomen, de acuerdo con sus preceptos constitucionales, medidas apropiadas para fomentar la fiel observancia de esos derechos; c) Preparar los estudios o informes que considere convenientes en el desempeño de sus funciones;

Comisión de Derechos Humanos de la ONU durante más de 15 años las declaró inadmisibles, y recién avanzada la década de los sesenta instituyó un mecanismo que permitiría conocer de algunas de ellas, aunque sin establecer propiamente una tramitación específica de cada denuncia.¹⁰ Ello a diferencia del criterio más flexible mostrado desde un principio por la Comisión Interamericana, según hemos indicado más arriba. No debe pasarse por alto, sin embargo, que desde un principio la Comisión Interamericana estuvo integrada por personas que en su mayoría eran nacionales de Estados democráticos. Si bien ellas actuaban a título individual, el hecho de que sus candidaturas fueran presentadas por Estados con tales regímenes políticos podía verse como un factor positivo para poseer comisionados idóneos para su función.

Como contrapartida, al ser la Comisión Interamericana un órgano de carácter técnico, no estaba diseñada para transformarse en un foro de discusión público, a la manera en que sí lo constituyó la Comisión de Derechos Humanos de la ONU y el actual Consejo de Derechos Humanos. Por ello, la Comisión Interamericana debería descansar para tales efectos en los órganos políticos de la OEA, es decir, en el Consejo Permanente (que se reúne regularmente en Washington, D.C.) y en la Asamblea General de la organización, que con el correr del tiempo se reuniría en forma anual. Ya veremos acaso estos órganos políticos han funcionado o no efectivamente como foros para discutir la situación de los derechos humanos en el hemisferio.

Por otra parte, al ser la CIDH un organismo técnico enfrentaba el desafío de adquirir peso político, es decir, que sus acciones no resultaran meramente simbólicas y carentes de impacto real. Ello más aún tratándose de un organismo que no es un tribunal internacional sino de carácter semijudicial. Como analizaremos, por medio de sus visitas a los países, de la difusión de sus informes e iniciativas y de su interacción con los órganos políticos de la OEA, con los Estados Miembros y con la sociedad civil, la Comisión Interamericana fue posicionándose públicamente de manera rápida, adquiriendo relevancia en su trabajo.

¹⁰ Me refiero a los procedimientos instituidos primero bajo la Resolución 1237 de ECOSOC y luego conforme a la 1503 del mismo órgano. Este procedimiento ha sido asumido por el Consejo de Derechos Humanos, que reemplazó en 2006 a la antigua Comisión. Conforme a este procedimiento, se investigan los hechos alegados solo en cuanto se inscriban dentro de un cuadro de violaciones masivas y sistemáticas, pero sin que ello pueda conducir a una decisión específica sobre el caso, sino solo como un elemento que podría ser incorporado a una resolución general sobre el país de que se trate.

Durante casi 20 años, y hasta la entrada en operaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1979, la Comisión operó como el único mecanismo de protección del Sistema Interamericano. Y lo hizo, como hemos señalado, en un contexto de numerosos gobiernos dictatoriales. En estas circunstancias, dado que las dictaduras violaban los derechos humanos en gran escala y de manera sistemática, la Comisión utilizó como mecanismo principal para abordar tales violaciones la preparación y publicación de Informes sobre países. En ellos se revisaba la situación general de los derechos humanos en determinados países, con especial atención a los atentados contra el derecho a la vida, a la práctica de la tortura y la detención y prisión arbitraria de personas. Así, durante sus primeros 20 años de funcionamiento, la Comisión publicó Informes sobre Chile, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana y Uruguay. Cabe anotar que Cuba fue suspendida de sus derechos como miembro de la OEA en 1962, sin perjuicio de lo cual la CIDH consideró que mantenía competencia respecto de dicho país al no haber denunciado este la Carta de la OEA.

Además, a partir de 1970 la Comisión comenzó a publicar un Informe Anual. Este informe también vendría a incorporar la situación de algunos países, en general algunos que habían sido objeto de informes especiales. La CIDH adoptó la incorporación de países en sus informes anuales como una práctica, que permitía ejercer un monitoreo continuo y difundir periódicamente sus hallazgos.

En 1966 la Comisión adquirió también la función de tramitar y decidir acerca de denuncias en materia de derechos humanos. La importancia de este mecanismo radica, por una parte, y como es obvio, en la posibilidad de levantar públicamente una violación específica y procurar alcanzar una solución a ella; por otra parte, su presencia es central desde el punto de vista del desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que significa en la práctica y de manera concreta hacer efectivo el carácter de sujeto internacional que la persona humana posee conforme a dicha normativa.

No obstante, en el período 1960-1990 la publicación de Informes sobre países continuó siendo la tarea principal de la Comisión. De hecho, hasta 1973 el volumen de denuncias fue poco significativo, aunque éstas se incrementaron notablemente luego de

los Golpes de Estado en Chile (1973) y Argentina (1976).¹¹ Pero más allá del volumen de denuncias, había dos razones básicas para que los Informes sobre países continuaran siendo la labor central de la CIDH durante el período en análisis. En primer lugar, muchos de los Estados contra los cuales se interponían denuncias individuales no participaban en la tramitación de los casos, es decir, no contestaban las denuncias y no enviaban respuesta alguna a los requerimientos de la Comisión al respecto o bien solo lo hacían de manera sumaria, sin entrar al fondo de las alegaciones ni menos a presentar pruebas de descargo. En este contexto, la Comisión incluyó en su Reglamento una disposición conforme a la cual se presumen verdaderas las alegaciones de los denunciante en la medida en que ellas no aparezcan controvertidas por el Estado o por otras fuentes. Por esta vía, una gran cantidad de denuncias individuales fueron acogidas por la CIDH en el período indicado.

En segundo lugar, y dado que la Comisión lidiaba fundamentalmente con violaciones masivas y sistemáticas, esto es, que obedecían a un plan deliberado de ciertos Estados, la solución de casos individuales, fuera que el Estado hubiera participado o no en la tramitación ante la CIDH, resultaba notoriamente insuficiente. Si de lo que se trataba era de acometer cientos y hasta miles de violaciones cometidas en un corto tiempo por un mismo Estado, resultaba imposible que la resolución de casos específicos pudiera ser efectiva para transformar la situación.¹² Tratándose de ciertos casos paradigmáticos ello puede haber sido importante, pero de ningún modo suficiente.

En la elaboración de los Informes sobre países, la Comisión recurrió desde un comienzo a las visitas in loco, es decir, visitas al lugar donde las presuntas violaciones habían ocurrido. Como observáramos anteriormente, el Estatuto de la Comisión la facultaba para ello, siempre que contara con el consentimiento del Estado. Desde un principio la Comisión ha sido activa en solicitarle a los Estados tales visitas, reiterando sus pedidos cuando ello ha sido necesario. Este mecanismo ha probado ser crucial para

¹¹ Consúltase, Tom Farer, *The Future of the Inter-American Commission on Human Rights: Promotion versus Exposure*; en: Juan Méndez y Francisco Cox, *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica (1998), pp.515-536; especialmente p.521.

¹² Como apunta Farer, quien fuera Comisionado entre 1976 y 1983, “la resolución de casos individuales era, en comparación con un informe comprehensivo sobre la situación de los derechos humanos en un país, una vía profundamente ineficiente de convocar a las múltiples audiencias de la Comisión (...) una impresión vívida acerca de lo que estaba ocurriendo al interior de estados de terror.” Ídem, pág. 522 (la traducción es mía).

realzar el perfil de la Comisión y hacerla conocida en los diversos países americanos, puesto que es justamente durante tales visitas que alcanza su mayor cobertura de los medios de comunicación, así como es en ese momento que atrae especialmente la atención de las autoridades estatales, de las víctimas y de otras personas e instituciones interesadas en las condiciones en materia de derechos humanos. De hecho, invariablemente la Comisión recibe nuevas denuncias con ocasión de estas visitas. Y aun en los casos en que la Comisión no es autorizada para visitar un país, el solo hecho de la falta de autorización tiende a producir interés en la opinión pública y coloca a las autoridades estatales en la necesidad de ofrecer explicaciones por su rechazo.

3. LA ADOPCIÓN DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Las intenciones originales de la OEA de adoptar un tratado general sobre derechos humanos se concretaron finalmente en 1969 con la suscripción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.¹³ Se siguió de esta manera el itinerario de la ONU, que tres años antes - y también después de cerca de dos décadas de promesas- había adoptado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)¹⁴ y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).^{15 16}

¹³ Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos.

¹⁴ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en la resolución 2200^a (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

¹⁵ Ídem.

¹⁶ En efecto, en Naciones Unidas, la Comisión de Derechos Humanos –establecida en 1946- rápidamente se puso a la tarea de llevar adelante un proceso de establecimiento de estándares en la materia. Así, elaboró primeramente la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada en 1948. El objetivo siguiente que se trazó la Comisión de Derechos Humanos fue la adopción de un tratado general en materia de derechos humanos. En pocos años, a principios de la década de los cincuenta, la Comisión ya había elaborado un texto para ser sometido a la discusión de los Estados. Sin embargo, el asunto resultó mucho más complejo de lo anticipado. Sucedió, en efecto, que comenzó una disputa acerca de si debía adoptarse un solo tratado general de derechos humanos o si, en cambio, debería haber dos tratados con tales características: uno referido a los derechos civiles y políticos y otro a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), con un tratamiento diferenciado para ambos tipos de derechos, con grados distintos de exigibilidad y de mecanismos de supervisión de su cumplimiento. El Bloque de los Estados socialistas reales sostuvo la primera tesis y el de los países occidentales la segunda. Lo anterior trabó el asunto durante años. Sin perjuicio de ello, en el intertanto Naciones Unidas adoptó otros instrumentos en materia de derechos humanos (relativos a aspectos específicos), entre los que resaltaron la Convención contra el Genocidio y la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. En el año 1966 se adoptan finalmente dos tratados generales de derechos humanos en la ONU: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Para una caracterización de este período inicial de la ONU en materia de derechos humanos,

En términos sustantivos, la Convención Americana se refiere de manera casi exclusiva a derechos civiles y políticos. Sus disposiciones en estas materias son, desde luego, más protectoras de tales derechos que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado tres años antes, lo cual se aprecia del análisis de una serie de derechos, incluyendo el debido proceso y las garantías judiciales en general, la libertad de expresión, así como una serie de otros aspectos. Pero ello no es de sorprender, atendida la variedad de países signatarios del Pacto de la ONU, lo que obligó a la búsqueda de consensos. Lo que es más llamativo es que la Convención Americana supera también en el nivel de protección de algunos derechos al Convenio Europeo de Derechos Humanos, como ocurre, por ejemplo, a propósito del tratamiento de la libertad de expresión.¹⁷

En cambio, la referencia a los derechos económicos, sociales y culturales en la Convención Americana es mínima. Solo se los menciona en dos disposiciones (artículos 26 y 42), sin que se contemple en forma expresa la posibilidad de iniciar casos específicos en relación a ellos (recién en los últimos años se han venido planteando casos sobre la base del artículo 26 a partir de una nueva interpretación del mismo).¹⁸

véase Felipe Gómez Isa, La Protección Internacional de los Derechos Humanos; en: Felipe Gómez Isa y José Manuel Pureza (eds.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Humanitarian Net/Universidad de Deusto, 2003, pp.23-60. Consúltense asimismo, Henry Steiner y Philip Alston, *International Human Rights in Context: Law, Politics and Morals*, Oxford University Press, 2000.

¹⁷ Véase, Eduardo Andrés Bertoni, *Libertad de Expresión en el Estado de derecho: doctrina y jurisprudencia nacional, extranjera e internacional*; Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000. Cabe observar, no obstante, que el Convenio Europeo había sido adoptado en 1950, es decir, casi 20 años antes que la Convención Americana, lo cual explica en parte esta situación (por el desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos), pero, aun así, no puede pasarse por alto que el contexto de los países signatarios del Convenio Europeo en 1950 era uno mucho más democrático que el del Continente Americano en 1969. En otras palabras, los Estados americanos se ponían a sí mismos una vara más alta que los países europeos a pesar de que su realidad estaba más lejos de dichos estándares que la europea al momento de adoptar el Convenio.

¹⁸ Sobre este aspecto, véanse, Christian Courtis, La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en: Christian Courtis, Denise Hauser y Gabriela Rodríguez, *Protección Internacional de Derechos Humanos: Nuevos Desafíos*, Editorial Porrúa/ITAM, Ciudad de México, 2005. Julieta Rossi y Víctor Abramovich, La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en: Claudia Martín, Diego Rodríguez-Pinzón y José A. Guevara B. (Compiladores), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, cit., pp. 457-478; James L. Cavallaro y Emily J. Schaffer, Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas, en: *Hastings Law Journal* N°56, diciembre 2004, pp. 217-281; Viviana Krsticevic, La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano; en: VV.AA., *Construyendo una Agenda para la Justiciabilidad de los Derechos Sociales*, CEJIL, San José de Costa Rica, 2004, pp. 145-199; Tara Melish, *Protecting Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American Human Rights System: A Manual on Presenting Claims*, Orville H. Schell Jr. Center for

Únicamente se contempla como mecanismo el envío por parte de los Estados a la Comisión de copias de los Informes que en materias relacionadas con estos derechos presenten ante otros órganos de la OEA. Pero esta situación no difiere del tratamiento dado a estos derechos económicos, sociales y culturales en el Convenio Europeo, que virtualmente no hace referencia a ellos. No obstante, hay que tener presente que por la época de la adopción de la Convención Americana ya se había adoptado la Carta Social Europea, aunque este instrumento tampoco estableció inicialmente un mecanismo de casos específicos. La Convención Americana aparece, en cambio, notoriamente desfasada respecto del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en la ONU, como se ha dicho, en 1966, y que, como su nombre lo indica, se refiere precisamente a estos derechos. Pero en este punto no caben dudas que el contexto de los Estados signatarios de uno y otro instrumento jugó un papel central, puesto que a nivel de Naciones Unidas se planteó desde un comienzo (especialmente desde el bloque socialista) la necesidad de que disposiciones con rango de tratado reconocieran estos derechos.

En todo caso, el instrumento general de derechos humanos que precediera a la Convención Americana, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, reconocía estos derechos.^{19 20} Pero, de cualquier modo, es claro que por allá por 1969 los Estados de la OEA no estaban en disposición, ni siquiera programática, de avanzar en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales.

En lo que concierne a los mecanismos de protección de los derechos humanos, la Convención, por una parte, fortalece el status de la Comisión Interamericana y, por otra, establece una Corte Interamericana en la materia.

Respecto de la Comisión, el Pacto de San José de Costa Rica viene a ratificar – ahora a nivel convencional- las funciones que le habían sido encomendadas desde su

International Human Rights Yale Law School y Centro de Derechos Económicos y Sociales Ecuador, SERGRAFIC, Quito, 2002.

¹⁹ Así mismo lo hizo la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada el mismo año que la Declaración Americana. Basándose en la Declaración Americana la Comisión ha incursionado de manera creciente en los derechos económicos, sociales y culturales.

²⁰ A esto debe agregarse la posterior entrada en vigencia del Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención Americana, dedicado precisamente al tratamiento de estos derechos, que se analiza más adelante en este trabajo.

establecimiento, así como la de conocer de casos específicos, que, como hemos señalado, le fue reconocida mediante una reforma de su estatuto a mediados de la década de los sesenta. En otras palabras, la Comisión mantiene sus amplias competencias en lo referido a la protección y promoción de los derechos humanos, incluyendo los poderes de preparar informes sobre países, efectuar visitas *in loco*, realizar estudios temáticos y una variada gama adicional de funciones. Su mecanismo de tramitación de casos específicos se ve fortalecido al contemplarse la posibilidad – dependiente de una declaración adicional, como se revisará en seguida – de que la Comisión remita casos a la Corte.

En los aspectos orgánicos y procesales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Convención no incorporó modificaciones. De este modo, se mantuvo su composición por siete miembros elegidos en sus capacidades individuales, la fórmula de elección de los mismos, así como su sede en Washington. Igualmente, la Convención no introdujo cambios significativos en aspectos procesales, que permanecieron análogos a aquellos con los que venía operando la Comisión.

Además de fortalecerse el status de la Comisión al pasar esta a tener soporte en un tratado de derechos humanos, el mantenimiento de sus rasgos orgánicos y procesales evitó los problemas que hubieran tenido lugar de haberse establecido un régimen diferenciado, que habría implicado una Comisión para los Estados que ratificaran la Convención y otra para aquellos que no lo hicieran.

La Convención Americana establece además una Corte en materia de derechos humanos. Cabe resaltar la relevancia de este paso, ya que hasta entonces no existía ningún tribunal internacional de derechos humanos con jurisdicción respecto de los países del Continente Americano, ya que en Naciones Unidas no se había establecido ninguna Corte dedicada a la protección de tales derechos.²¹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos se encuentra integrada por siete jueces y su sede fue establecida en San José de Costa Rica.

²¹ Incluso en la actualidad se carece de un tribunal de derechos humanos con carácter general en la ONU. La Corte Penal Internacional solo se refiere a algunas violaciones gravísimas a tales derechos, que exige responsabilidades a individuos presuntos perpetradores de crímenes internacionales. En cuanto a la Corte Internacional de Justicia, ella, entre sus diversas competencias, puede conocer de situaciones que afecten tales derechos, pero no posee una competencia general en la materia ni pueden los comités de los Pactos de la ONU remitirle casos a la manera como hace la Comisión Interamericana con la Corte.

La Corte posee dos funciones básicas: una contenciosa y otra consultiva. Conforme a la primera, el tribunal puede conocer de casos específicos en que se aleguen violaciones a los derechos humanos consagrados en la Convención Americana (más adelante la Corte irá adquiriendo la competencia de juzgar violaciones a otros tratados que se irán adoptando en el ámbito interamericano). No obstante, como anticipáramos, para que la Corte adquiriera jurisdicción contenciosa respecto de un Estado determinado, es necesario que este así se la reconozca expresamente.

La Convención establece dos vías de acceso a la jurisdicción contenciosa: que la demanda sea presentada por la Comisión o que lo sea por un Estado. No prevé, en cambio, la Convención la posibilidad de un acceso directo de las presuntas víctimas a la Corte, pero, en rigor, por la época de adopción de dicho tratado, esta posibilidad no se hallaba contemplada en ningún sistema internacional de protección de los derechos humanos.²² El Pacto de San José señala de manera expresa que los Estados “se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes” (artículo 68.1) y añade que “[l]a parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado” (artículo 68.2).

En el ejercicio de su segunda función, la Corte Interamericana puede emitir Opiniones Consultivas acerca de la interpretación de la Convención Americana así como de otros tratados pertinentes para la protección de los derechos humanos en los Estados de la OEA.²³ Conforme a lo dispuesto en el artículo 64.1, tienen la facultad de formular este tipo de consultas tanto dichos Estados como una serie de órganos de la OEA (entre ellos la Comisión Interamericana de Derechos Humanos). Además, los Estados miembros de la OEA pueden solicitarle opiniones a la Corte en relación con la compatibilidad entre sus leyes internas y los tratados antes mencionados (artículo 64.2).

²² El acceso directo de las presuntas víctimas a un órgano jurisdiccional internacional en materia de derechos humanos fue recién establecido por primera –y hasta ahora única– vez en el sistema europeo de protección de dichos derechos a fines de la década de los noventa.

²³ Consúltese, Manuel E. Ventura y Daniel Zovatto, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: naturaleza y principios, 1982-1987*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Editorial Civitas, Madrid, 1989. Véase también, Jo M. Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp.29-80.

La Convención Americana contempla también la posibilidad de que la Corte adopte medidas provisionales en situaciones de extrema gravedad y urgencia, cuando ello resulte necesario para evitar daños irreparables a las personas (artículo 63.2). El tribunal puede adoptar tales medidas tanto en el contexto de casos contenciosos de los que se encuentre conociendo como cuando la Comisión se lo solicite. Cabe agregar que la Comisión adopta medidas parecidas a las de la Corte, denominadas cautelares, pero no lo hace en virtud de una disposición expresa de la Convención Americana, sino basándose en una interpretación de sus propias –y amplias– funciones establecidas tanto en la Convención como en otras fuentes. Esta interpretación se ha impuesto en la práctica sobre la base del consentimiento de los Estados.

Lo que resulta evidente es que por medio de la adopción de la Convención Americana el objetivo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se amplió y salió fortalecido, alcanzando el mismo un campo de competencia mucho mayor que las violaciones masivas o sistemáticas o el mero control por parte de la Comisión de los abusos cometidos por las dictaduras. A partir de entonces (o, más precisamente, desde la entrada en vigor de la Convención en 1978) habría no solo una Comisión sino también una Corte, y ambas quedaban encargadas en virtud de un tratado de la supervisión de la conducta de los Estados en una amplia gama de materias. De manera que si bien en un inicio el detonante para el establecimiento de la Comisión había sido la situación de algunas dictaduras, y que la CIDH se había abocado en los años siguientes en lo fundamental a lidiar con ese tipo de regímenes, con la Convención Americana se hacía claridad meridiana respecto de que la Comisión y la Corte no solo tendrían por finalidad confrontar violaciones cometidas por regímenes dictatoriales, sino promover al establecimiento de sistemas democráticos y a que tales sistemas protegieran efectivamente los derechos de las personas.²⁴ Se trata, esta última, de una dimensión que no siempre ha sido asumida a cabalidad por los Estados, ya que, como veremos al analizar los procesos de democratización, con alguna frecuencia ha habido Estados que han formulado reparos a este papel de los órganos interamericanos de derechos humanos.

²⁴ En la década de los noventa serían los nuevos gobiernos elegidos en las urnas los que, disconformes con la continua supervisión de la Comisión, comenzarían a señalar que la finalidad de esta es lidiar con dictaduras.

4. LA COMISIÓN Y LA CORTE LUEGO DE LA ADOPCIÓN DE LA CONVENCIÓN AMERICANA

a) Inercias y Cambios

En términos concretos, la adopción de la Convención Americana no trajo de inmediato consigo una transformación del trabajo de la Comisión, el cual, en proporción abrumadora, continuó focalizado en las violaciones masivas y sistemáticas hasta fines de la década de los ochenta. Lo que sucede es que si bien la presencia de regímenes dictatoriales en el Continente Americano ha sido la regla históricamente, los gobiernos de los sesenta, los setenta y comienzos de los ochenta llevaron a un nivel sin precedentes, por lo menos en el siglo XX, la magnitud y gravedad de las violaciones a los derechos humanos. Tal es el caso, por ejemplo, de la práctica de desapariciones forzadas de personas, llevada a cabo a gran escala en Guatemala desde los sesenta y hasta el comienzo de los noventa, en Argentina y Chile en los setenta, en Perú en los ochenta y principios de los noventa y en otros Estados en varios momentos.

Otra característica que adquirieron las violaciones fue su perpetración de manera coordinada a escala internacional por una serie de Estados. La de mayor envergadura fue la denominada “Operación Cóndor”, de la cual tomaron parte las policías políticas de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay. Mediante esta red se intercambiaron prisioneros cuyo rastro luego se perdió, pasando a engrosar la lista de detenidos desaparecidos;²⁵ se efectuaron actividades coordinadas de desinformación;²⁶ etc.

²⁵ Consúltense sobre la Operación Cóndor, Internacional Human Rights Law Group y Comité de Iglesias, *Tortura en Paraguay: Pasado y Presente*, Asunción, 1993; John Dinges, *Operación Cóndor: Una Década de Terrorismo Internacional en el Cono Sur*, Santiago, Ediciones B Chile, 2004; N.C. Mariano, *Operación Cóndor: Terrorismo de Estado en el Cono Sur*, Buenos Aires, Ed. Lohlé-Lumen, 1998; y A. Boccia Paz, M.H. López, A.V. Pecci y G. Giménez Guanes, *En los Sótanos de los Generales: Los Documentos Ocultos del Operativo Cóndor*, Asunción, Expolibro/Servilibro, 2002.

²⁶ Un caso representativo fue el de la denominada “Lista de los 119.” El mismo consistió en que la DINA, la policía política de la dictadura chilena, hizo publicar en la prensa extranjera informaciones según las cuales 119 personas cuya desaparición forzada se alegaba habían en realidad sido víctimas de enfrentamientos entre facciones guerrilleras en Argentina. Una de estas informaciones fue publicada en el periódico “O Dia”, de Curitiba, en Brasil, que se refería a 59 de esas personas. Años más tarde se descubrió que la operación había sido un montaje de la DINA, que incluso había “refundado” el mencionado diario (que había sido discontinuado algún tiempo antes) para el efecto de producir la desinformación. Véase, CODEPU-DIT-T, *La Gran Mentira: el caso de las 'Listas de los 119': Aproximaciones a la Guerra Psicológica de la Dictadura Chilena* (1994).

La forma en que la Comisión enfrentó la política de desapariciones forzadas, así como otras violaciones masivas y sistemáticas, la condujo a establecer métodos de trabajo orientados hacia ello y a ganar en legitimidad ante la opinión pública de distintos países, pero, como contrapartida, de alguna manera esto acotó en la práctica el trabajo de la Comisión.²⁷

Por ejemplo, aun después de la entrada en vigencia de la Convención Americana y hasta fines de los ochenta, en la tramitación de casos específicos la Comisión utilizó con frecuencia la presunción de veracidad de los hechos (cuando los Estados no presentan descargos). Esta práctica fue refrendada por la Corte, al señalar que “el silencio del demandado o su contestación elusiva o ambigua pueden interpretarse como aceptación de los hechos de la demanda, por lo menos mientras lo contrario no aparezca de los autos o no resulte de la convicción judicial (...)”²⁸

Por lo demás, lo usual era que los Estados que no participaban en la tramitación de los casos específicos fueran aquellos que no habían ratificado la Convención. O sea, todavía en la década de los ochenta la CIDH debía operar en una gran cantidad de casos sin poder recurrir a ese tratado.²⁹

A ello cabe añadir que, acostumbrada a tramitar los casos sin intervención estatal, la Comisión adoptó una serie de prácticas muy discrecionales. En términos generales, éstas se traducían en que, salvo los pasos de la tramitación a los que obligaba la Convención Americana (que son escasas), la CIDH no seguía parámetros uniformes en los casos de los que conocía. De partida, la Comisión solía reservarse la apertura formal del caso. En la práctica, esto significaba que una vez recibida una denuncia podía no haber reacción alguna de la CIDH, especialmente si no la consideraba relevante, sin siquiera asignar un número o abrir un expediente formal del caso. Este tipo de situación a veces se dilataba durante años. La Comisión también manejaba con mucha

²⁷ Esto tendría consecuencias una vez iniciados los procesos de transición a la democracia en América, en que la CIDH ha debido atravesar difíciles trances tanto para modificar sus metodologías de trabajo como para ganar en legitimidad en el tratamiento de problemas distintos a las violaciones masivas y sistemáticas.

²⁸ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de Fondo, 29 de julio de 1988, párr. 138.

²⁹ Esta situación todavía subsiste respecto de algunos Estados (Canadá, Estados Unidos y algunos países del Caribe angloparlante), pero el grueso del trabajo de la Comisión se basa actualmente en la Convención Americana.

discrecionalidad los tiempos de la tramitación, impulsando los casos con una velocidad completamente variable.³⁰

Igualmente, y sin perjuicio de que las denuncias tendieran a concentrarse en mucha mayor medida en algunos países que en otros, había Estados respecto de los cuales la CDIH prácticamente no impulsaba ningún caso o solo unos pocos.

Del mismo modo, la Comisión casi invariablemente dejaba las decisiones sobre admisibilidad para ser resueltas en conjunto con el fondo del asunto. No obstante que ello pudiera justificarse en un volumen importante de casos, lo cierto es que la CIDH rara vez justificaba dicho proceder, que se suponía, conforme a la Convención Americana, que debía constituir una excepción y no la regla.

Otro ejemplo es el de la solución amistosa de casos. Se trata de un mecanismo establecido en la Convención, destinado a alcanzar un arreglo entre las partes, que puede derivar en distintas formas de compensación, tales como el pago de indemnizaciones, vías simbólicas, el establecimiento de mecanismos internos para subsanar la violación (como comisiones con participación gubernamental y de las víctimas), la supervisión de mecanismos preestablecidos para subsanar la violación (como el redoblar los esfuerzos para hacer efectivas las investigaciones judiciales), la modificación de la legislación interna, etc. (no existe un listado preestablecido al respecto). Recién a partir de la década de los noventa la Comisión comienza a hacer un uso significativo de este mecanismo. En un contexto de violaciones masivas y sistemáticas a menudo resultaba absolutamente imposible intentar dicha solución, puesto que los Estados ni siquiera comparecían durante la tramitación de los casos. Y aun cuando comparecieran, el mecanismo resultaba inoficioso, dado que la violación a que se refería el caso se inscribía en el marco de una política deliberada y más general.

Así lo reconoció también la Corte Interamericana en los ochenta, cuando, al hacerse cargo de una alegación de Honduras al respecto en el caso Velázquez Rodríguez, señaló que la Convención no obligaba a la CIDH a utilizar la solución

³⁰ Sobre esta materia, consúltase Ariel Dulitzky, La duración del procedimiento: responsabilidades compartidas, en: Juan Méndez y Francisco Cox (eds.), *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, IIDH, San José de Costa Rica, 1998, pp. 363-389.

amistosa en todos los casos, sino que le permitía a ésta una cierta discrecionalidad, sin caer, no obstante, en el ámbito de lo arbitrario.³¹ Pero a diferencia de la situación en Honduras, el problema es que aun respecto de aquellos Estados que habían ratificado la Convención y que habían cesado de cometer violaciones sistemáticas la Comisión hizo un uso prácticamente nulo del mecanismo de solución amistosa hasta principios de los noventa. No obstante, hubo algunos casos aislados en que la Comisión sí hizo el intento de llegar a un acuerdo amistoso, como en el caso de los indios Miskitos en Nicaragua.³²

b) Los primeros casos ante la Corte Interamericana y sus efectos en el Sistema

Tampoco resultó fácil en los ochenta echar a andar la presentación y tramitación de casos contenciosos ante la Corte, aunque en términos jurisprudenciales sustantivos los desarrollos fueron muy significativos. Así, de una parte, la Comisión tardó siete años desde la entrada en funcionamiento de la Corte para comenzar a enviarle casos³³. La acción de la Comisión resultaba (y continúa resultando) decisiva a este respecto, ya que históricamente los otros actores habilitados para presentar casos ante la Corte (los Estados) no lo han hecho.³⁴ Los primeros casos fueron enviados por la Comisión en 1986; se trataba de tres casos, el de Manfredo Velázquez Rodríguez, el de Saúl Godínez Cruz, y el de Francisco Fairén Garbi y Yolanda Solís Corrales, todos contra Honduras.

³¹ Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*, *Excepciones Preliminares*, Sentencia de 26 de junio de 1987, pp.19-21. Sobre la solución amistosa de casos en el Sistema Interamericano, puede consultarse Patricia Standaert, *The Friendly Settlement of Human Rights Abuses in the Americas*; en: *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol..9, 1999, pp. 519-542.

³² Véase, Hurst Hannum, *The Protection of Indigenous Rights in the Inter-American System*, en: David Harris y Stephen Livingstone (eds.), *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford University Press, Nueva York, 1998, pp. 323-343; sobre el aspecto mencionado, véase pág. 329.

³³ Consúltese, Thomas Buergenthal, *New Upload: Remembering the Early Years of the Inter-American Court of Human Rights*, 37 *New York University Journal of International Law and Policy*, 2005, pp.259 ss., especialmente pp.264 ss. Buergenthal, quien fue juez de la Corte desde su establecimiento hasta 1991, señala que “por una serie de razones, incluyendo sin duda la rivalidad institucional, la Comisión perdió muchas oportunidades de enviar casos a la Corte. Las discusiones informales entre la Comisión y la Corte, dirigidas a promover estrategias para el envío de casos probaron ser inútiles” (p. 269, la traducción es mía). Por su parte, Tom Farer, quien fuera comisionado a fines de los setenta y comienzos de los ochenta, señala que el factor principal para ello lo constituyó el énfasis que la Comisión ponía en los Informes sobre Países, lo que le impedía darle una tramitación exhaustiva a la mayoría de los casos a través de audiencias y otros medios. También apunta –como un factor secundario- el temor de la Comisión de que los Estados pudieran restarle importancia a dicho órgano y tornar más ineficaz su trabajo. Véase, Tom Farer, *The Rise of the Inter.-American System: No longer a Unicorn, Not Yet an Ox*; en: *Human Rights Quarterly* N°19, pp. 510-546, 1997, en especial p.544.

³⁴ La única excepción en este sentido la constituye Costa Rica, que en 1981 presentó el caso contra Viviana Gallardo y otras, pero como en dicho caso la Comisión no había emitido un pronunciamiento previo, la Corte declinó la competencia sobre el mismo. Véase, Corte IDH, *Asunto de Viviana Gallardo y otras*, N° G 101/81.

Previo al envío de estos casos, la Corte había reclamado por la falta de remisión de casos por parte de la Comisión, lo que, en la práctica, y atendido que los Estados tampoco tomaban la iniciativa en este asunto, significaba que la Corte se veía impedida de ejercer su jurisdicción contenciosa.³⁵ La Comisión argumentaba que en cierto modo resultaría discriminatorio el envío de casos en una etapa en que muy pocos Estados habían reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte, esto es, que precisamente aquellos Estados que habían demostrado una mayor voluntad de participar en el Sistema serían los que se verían afectados.

Pero además estos primeros casos presentados por la Comisión ante la Corte mostraron algunas de las incongruencias del Sistema. El Estado demandado, Honduras, escasamente había intervenido durante la tramitación de los casos ante la Comisión, y buena parte de su defensa se basó en su derecho a elevar argumentos que no había formulado ante la Comisión. Esta misma falta de participación suficiente de Honduras durante la tramitación en la Comisión, sumada al hecho que la Convención no proporcionaba pautas exhaustivas en la materia, hizo que la Corte tuviera que construir algunos de sus estándares probatorios en un contexto anormal. Así, la Corte rechazó el argumento de la Comisión de dar por probados aquellos hechos no discutidos ante esta, lo que echó las bases para el criterio de la Corte en la materia por lo menos hasta la dictación del Reglamento más reciente de la Corte el año 2001, sin que todavía exista certeza al respecto, puesto que la norma respectiva es ambigua. Podría especularse acaso la Corte no podría haber llegado a una conclusión diferente en el Caso Velázquez Rodríguez, validando la prueba rendida ante la Comisión en la medida que ella no hubiera sido controvertida, si la tramitación en la Comisión se hubiera ajustado a los

³⁵ La Corte señaló que “[a]unque la Convención no especifica bajo qué circunstancias la Comisión debe referir un caso a la Corte, de las funciones que asigna a ambos órganos se desprende que, aún cuando no esté legalmente obligada a hacerlo, hay ciertos casos que, al no haberse podido resolver amistosamente ante la Comisión, deberían ser sometidos por ésta a la Corte. El caso Schmidt cae ciertamente dentro de esta categoría. Se trata de un caso que plantea problemas legales controversiales no considerados por la Corte; su trámite en la jurisdicción interna de Costa Rica fue objeto de decisiones judiciales contradictorias; la propia Comisión no pudo alcanzar una decisión unánime sobre esos problemas jurídicos; y es una materia que reviste especial importancia en el continente, donde varios Estados han adoptado leyes parecidas a la de Costa Rica. “ En seguida añade que “[d]ado que los individuos no están legitimados para introducir una demanda ante la Corte y que un gobierno que haya ganado un asunto ante la Comisión no tiene incentivo para hacerlo, la determinación de esta última de someter un caso semejante a la Corte, representa la única vía para que operen plenamente todos los medios de protección que la Convención establece. Por ello, en tales hipótesis, la Comisión está llamada a considerar especialmente la posibilidad de acudir a la Corte.” Ambas citas son de Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, Opinión Consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985. párrafos 25 y 26, respectivamente.

parámetros de la Convención con una intervención activa del Estado. Se aprecia entonces cómo un aspecto tan crucial como este, que continúa siendo polémico hasta la actualidad, se resolvió en un contexto poco propicio.

Estas incongruencias del Sistema y sus actores se manifestaron también en estos primeros casos en la ausencia en Honduras de un sistema judicial eficiente para lidiar con violaciones graves a los derechos humanos, así como en el hecho de que a pesar de que a la fecha de la tramitación de los casos ante la Corte había cesado en ese país la práctica sistemática de desapariciones (que era la materia de los casos) todavía se vivía en un ambiente en el que resultaba muy difícil para los ciudadanos de ese país participar en el proceso ante la Corte, con un contexto de abierta hostilidad contra los testigos, al punto que se llegó al asesinato de dos de ellos: Miguel Ángel Pavón y José Isaías Vilorio.³⁶ Esto demuestra las dificultades y limitaciones de la tramitación de casos individuales ante cualquiera de los dos órganos recién señalados en la época en análisis.

Como contrapartida, en lo que se refiere al fondo de las materias tratadas en estos casos, la Corte echó las bases de importantes aspectos del sistema interamericano, tanto en lo referido a los alcances de las obligaciones de los Estados como a los crímenes de desapariciones forzadas de personas. La primera de las sentencias de fondo recaídas en esos casos, el que se refería a la desaparición forzada del ciudadano hondureño Manfredo Velásquez Rodríguez en el contexto de una práctica masiva y sistemática de desapariciones forzadas en ese país, la Corte sentó las bases para la jurisprudencia posterior en la más variada gama de materias, al interpretar la Convención Americana en relación con las obligaciones estatales de respetar y asegurar los derechos humanos, contemplados en el artículo 1.1 de dicho tratado.³⁷

De acuerdo con el razonamiento de la Corte, el fundamento de la obligación de respetar los derechos humanos se encuentra en la noción de que "[e]l ejercicio de la

³⁶ Véase Juan E. Méndez y José Miguel Vivanco, *Disappearances and the Inter-American Court: Reflections on a litigation experience*, en: *Hamline Law Review* Vol. 13.3, Verano 1990, pp. 507-577; sobre el aspecto mencionado, pp.557-58.

³⁷ El artículo 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone lo siguiente:

"Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."

función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, son superiores al poder del Estado."³⁸

Además, al interpretar la obligación de asegurar el ejercicio de los derechos humanos, la Corte enfatizó el rol activo (obligaciones positivas) que se exige al Estado en esta materia, incluso en situaciones en que sean derechos civiles y políticos los afectados. El tribunal también se refirió explícitamente a la importancia del papel del Poder Judicial, como medio para hacer efectivas las normas sobre derechos humanos, sosteniendo que la obligación de asegurar un libre y pleno ejercicio de los derechos humanos "implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos." ³⁹

Asimismo, la Corte subrayó que el solo hecho de dictar una legislación apropiada, esto es, una legislación acorde con los estándares internacionales, no es suficiente para que un estado dé cumplimiento a sus obligaciones internacionales, "sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos."⁴⁰

En consecuencia, la obligación de respetar y asegurar los derechos humanos acarrea para el Estado el deber de "prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos."⁴¹ La Corte agregó que el deber de investigar debe ser llevado a cabo "con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa." En el caso de que la violación resultase impune y la

³⁸ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988, párrafo 165.

³⁹ *Idem*, párr. 166.

⁴⁰ *Idem.*, párr. 167.

⁴¹ *Ibíd.*, párr. 166.

víctima sin compensación, habría una violación del deber de asegurar el ejercicio de los derechos ⁴²

Otro desarrollo interesante de constatar es cómo la Corte a través de su facultad de emitir Opiniones Consultivas influyó en los ochenta para detener algunas violaciones masivas. Ello, a pesar de que en principio podría pensarse que las Opiniones Consultivas están únicamente destinadas a resolver problemas de interpretación jurídica complejos y sofisticados sin consecuencias prácticas inmediatas.

Al respecto, resalta lo ocurrido con la Opinión Consultiva N°3, que se pronunció sobre el problema de las reservas formuladas por los Estados a la Convención; ello se dio en el contexto de que Guatemala se encontraba ejecutando personas por la presunta comisión de delitos para los cuales no contemplaba la pena de muerte al momento de adoptar la Convención. La Corte declaró que una reserva como la formulada por Guatemala no justificaba dicha ampliación de los delitos. El Estado suspendió las ejecuciones y reformó su legislación a raíz del pronunciamiento de la Corte.⁴³ Algo similar ocurrió con Nicaragua, a propósito de la Opinión Consultiva que declaró que de la interpretación de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos se desprendía que el Habeas Corpus no podía suspenderse ni aún en Estados de Excepción Constitucional.⁴⁴ Cabe anotar que ninguna de estas opiniones consultivas estaba referida de manera explícita a un país determinado (no pueden estarlo conforme a la Convención), pero aun así Guatemala y Nicaragua modificaron su legislación y sus prácticas.

Durante los ochenta la Corte avanzó también en sus Opiniones Consultivas en la interpretación de una serie de otros asuntos, incluyendo la Colegiatura Obligatoria de Periodistas,⁴⁵ el régimen de naturalización de personas,⁴⁶ la manera en que el Sistema

⁴² *Ibíd.*, párrs. 176 y 177.

⁴³ Al respecto, véase, Charles Moyer y David Padilla, *Executions in Guatemala as Decreed by the Courts of Special Jurisdiction in 1982-83: A Case Study*; en: *Human Rights Quarterly* Vol. 6, pp. 507-520 (1984).

⁴⁴ Corte IDH, *El habeas corpus bajo suspensión de garantías*, Opinión Consultiva OC-8/87, 30 de enero de 1987.

⁴⁵ Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, Opinión Consultiva OC-5/85 (cit.).

⁴⁶ Corte IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84, 19 de enero de 1984.

Interamericano debía hacerse cargo de los tratados de derechos humanos emanados de otros sistemas,⁴⁷ etc.

c) El impacto de los Informes sobre Países de la Comisión

Por los antecedentes recién expuestos, el núcleo del trabajo de la Comisión hasta fines de los ochenta continuó siendo la preparación y publicación de Informes sobre países donde continuaban practicándose violaciones masivas y sistemáticas. Sin duda, era por esta vía que la Comisión adquiría presencia pública, especialmente cuando visitaba un país, entrevistaba a víctimas, se reunía con autoridades de gobierno y daba conferencias de prensa. En la década de los ochenta, la CIDH continuó con su práctica establecida desde que comenzara la publicación de informes anuales en 1970: por una parte, emitía Informes Especiales sobre un país determinado y, por otra, incorporaba a algunos de los Estados en su Informe Anual.

Un caso paradigmático de este período fue el de la publicación de un Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina. La visita se realizó en 1979 y el Informe fue publicado en 1980. Este Informe y los hechos que lo rodearon produjeron un impacto significativo no solo en la OEA, sino también a nivel de Naciones Unidas y en la práctica misma de desapariciones forzadas en Argentina. La Comisión viajó a ese país en 1979, permaneciendo durante 17 días allí, lo cual de suyo era significativo. Estando en Argentina, recibió información acerca de que varias decenas de personas se encontraban en detención clandestina en un sector aislado de una cárcel que para todos los demás efectos (y presos) era pública. La CIDH recibió incluso información sobre los nombres de algunas de esas personas. Los miembros de la Comisión solicitaron a las autoridades una lista de las personas presas, constatando que las personas detenidas clandestinamente no se encontraban mencionadas. Una vez en la cárcel, y luego de insistir en que querían visitar todas las dependencias de la misma, comenzaron a escuchar gritos de “¡estamos aquí!, ¡estamos aquí!” Ante la evidencia, las autoridades del penal tuvieron que ceder y permitirle a la Comisión reunirse

⁴⁷ Corte IDH, “*Otros tratados*” objeto de la función consultiva de la Corte, Opinión Consultiva OC 1-82, del 24 de septiembre de 1982.

privadamente con las personas detenidas clandestinamente y que, según todos los indicios, estaban destinadas a desaparecer.⁴⁸

Todo esto ocurrió en un contexto en el cual el gobierno argentino había negado permanentemente la detención clandestina de personas así como su responsabilidad en las desapariciones forzadas. Al poner estos antecedentes en conocimiento de la Asamblea General de la OEA se produjo un enorme revuelo, con Argentina amenazando con retirarse de la organización si se aprobaba una resolución en contra suya. Finalmente, la Asamblea adoptó una resolución en la que, abordándose el problema de las desapariciones forzadas, no se mencionaba expresamente a Argentina, pero, de cualquier modo, el efecto de la visita de la CIDH ya había tenido lugar.

En la ONU había sido muy escasa la atención prestada a las denuncias sobre la situación de los derechos humanos bajo la dictadura argentina. El gobierno se veía favorecido en este sentido por su política de entendimiento económico con la Unión Soviética. Pero las evidencias de primera mano encontradas por la CIDH transformaron también la situación en la ONU, estableciéndose el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas, que se abocó inicialmente de manera principal a las condiciones en Argentina en la materia.

Lo más importante de todo fue que la intervención de la Comisión salvo muchas vidas, tanto las de las personas que encontró como la de muchas otras potenciales víctimas, puesto que la práctica masiva de desapariciones en Argentina cesó casi de inmediato.⁴⁹

⁴⁸ Para una descripción detallada del descubrimiento de estos presos clandestinos, consúltese Buergethal, Norris y Shelton, *Protecting Human Rights in the Americas*, International Institute of Human Rights, 3a.edición revisada, Estrasburgo, 1990, especialmente pp. 299-301 ("Discovering disappeared persons: a staff member notes").

⁴⁹ Cesaron en octubre de 1979, esto es, un mes después de la visita *in loco* de la Comisión; a partir de esa fecha, la Comisión no recibió más denuncias por desapariciones forzadas. Véase, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina, 1980, pág. 135. Sobre el impacto de la visita de la Comisión a Argentina, revítese también David Weissbrodt y Maria Luisa Bartolomei, The Effectiveness of International Human Rights Pressures: The Case of Argentina, 1976-1983, en: *Minnesota Law Review* Vol.75, pp. 1009-1035 (1991); Iain Guest, *Behind the Disappearances, Argentina Dirty War against Human Rights and the United Nations*, University of Pennsylvania Press, 1990; véase también del Presidente de la CIDH en la época de la visita *in loco*, Tom Farer, The OAS at the Crossroads: Human Rights, en: *Iowa Law Review*, Vol. 72, 1987, pp. 401-413.

Otra situación de gran impacto se produjo en relación con la caída de Anastasio Somoza en Nicaragua. La CIDH efectuó una visita in loco y emitió un Informe que provocó gran revuelo. De hecho, el propio Somoza, en un libro escrito en el exilio, señaló que el Informe de la Comisión había sido el desencadenante principal para su posterior renuncia al poder.⁵⁰

Las recién descritas son situaciones en las que la Comisión produjo un efecto evidente de la manera más masiva, pero respecto de una serie de otros países viviendo bajo dictaduras la Comisión se convirtió en un referente importante y a veces hasta crucial, con el cual había que lidiar, así fuera incluso que no se la autorizara para entrar al territorio del Estado. Incluso puede sostenerse que para la mayoría de los países bajo dictaduras en el Continente la Comisión jugó un papel más significativo que los órganos de Naciones Unidas.⁵¹

Cerrando el análisis de los Informes sobre países de la Comisión, es necesario notar que en la década de los ochenta esta comienza a incorporar en ellos capítulos sobre derechos económicos, sociales y culturales, así como sobre pueblos indígenas. Esto va reflejando el comienzo de una paulatina expansión de la agenda temática de la CIDH. Sobre el tema indígena, la Comisión elaboró además en los ochenta un Informe sobre la situación de los Miskitos en Nicaragua,⁵² así como obtuvo en 1989 que la Asamblea General de la OEA le encomendara la preparación de un borrador de Convención en la materia, aspectos ambos sobre los que volveremos más adelante.

d) La adopción del Protocolo sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales

A finales de los ochenta se produce otro desarrollo relevante en el sistema interamericano de derechos humanos: la adopción del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos,

⁵⁰ Anastasio Somoza (as told to J. Cox), *Nicaragua Betrayed*, pp. 192-95; citado por Tom Farer, *The OAS at the Crossroads: Human Rights*, en: *Iowa Law Review* (cit.), p.402.

⁵¹ Una excepción clara es el tratamiento dado a Chile durante la dictadura, ya que la ONU reaccionó rápidamente ante la evidencia de violaciones masivas y sistemáticas, desarrollando incluso mecanismos nuevos (que después se volverían permanentes, como la institución de los Relatores Especiales asignados a un país determinado); no obstante, la CIDH también le dedicó mucho e importante trabajo a la situación chilena.

⁵² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen Miskito*, 16 de mayo 1984.

Sociales y Culturales, más conocido como Protocolo de San Salvador, por la ciudad donde fue suscrito. Ello ocurrió en 1988.⁵³

Como hemos señalado en este trabajo, las menciones de la Convención Americana a los DESC son muy escasas, sin que contenga un catálogo de tales derechos. El Protocolo, en cambio, sí contiene un listado al respecto, siguiendo de cerca en muchos de los contenidos de ellos al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU. Cabe hacer notar que reflejando la creciente conciencia que se había venido produciendo, el Protocolo consagra el derecho a vivir en un medio ambiente sano (artículo 11).

Sin embargo, al momento de establecer los medios de protección para los DESC, el Protocolo no es mucho lo que avanza. Por una parte, crea un mecanismo de informes. Cabe recordar que conforme a otros instrumentos de la OEA los Estados ya se encuentran obligados a presentar informes en materias económicas y sociales (a los cuales hace referencia el art. 42 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). No obstante, aquí se trata de informes específicamente concernientes a los derechos económicos, sociales y culturales. El Protocolo dispone en este punto que los Estados deberán presentar “informes periódicos respecto de las medidas progresivas que hayan adoptado para asegurar el debido respeto de los derechos [en él consagrados].” (Art. 19.1).

Los mencionados informes no son presentados directamente ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sino al Secretario General de la OEA, quien a su vez los remitirá al Consejo Interamericano Económico y Social y al Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura para su revisión. Además le enviará copia de dichos informes a la CIDH. El Protocolo establece también que en sus informes anuales los dos consejos recién mencionados proporcionarán un resumen de los antecedentes acompañados por los Estados y formularán las recomendaciones que estimen pertinentes.

⁵³ Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo período de sesiones de la Asamblea General.

El Protocolo también reconoce expresamente la facultad de la CIDH de formular observaciones y recomendaciones acerca de estos derechos a los Estados Partes del mismo. Cabe tener presente, sin embargo, que dicho poder la Comisión ha considerado desde antiguo que se encuentra incorporado dentro de su amplia gama de funciones establecidas por la Carta de la OEA y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las cuales posee en relación con todos los Estados miembros de dicha organización.

Por lo que se refiere a la posibilidad de presentar denuncias en casos específicos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos basadas en la trasgresión de algunos de los derechos consagrados en el Protocolo, este establece que ello solo será posible respecto del derecho de sindicación y del derecho a la educación. En rigor, el derecho de sindicación ha sido históricamente entendido por la CIDH como formando parte de un derecho que ya se hallaba reconocido en la Convención Americana, el derecho de asociación, por lo que el único avance real en este punto es el referido a la posibilidad de presentar denuncias respecto del derecho a la educación.

Más allá de sus limitaciones –varias de las más importantes de las cuales, por lo demás, son comunes con el Pacto sobre DESC de la ONU, que no estableció ningún sistema de denuncias específicas-, la adopción del Protocolo de San Salvador fue una constancia de una creciente preocupación por el tema, así como por la necesidad de abordarlo en términos jurídicos.

e) Los órganos políticos de la OEA y su papel en materia de derechos humanos en este período

Otro elemento relevante a considerar es el rol jugado por los órganos políticos de la OEA (el Consejo Permanente y la Asamblea General) en el período que venimos analizando. A pesar de que un buen número de los gobiernos representados en ellos eran dictatoriales, los mencionados órganos usualmente se hacían cargo de los Informes de la Comisión y debatían la situación de los derechos humanos de los Estados respectivos basados en dichos Informes. No obstante, no fue sino hasta 1976 que la Asamblea General de la OEA comenzó a adoptar resoluciones sobre el Informe Anual de la CIDH que fueran más allá de lo estrictamente protocolar y que entraran

explícitamente a algunas materias de tales informes. Esto fue muy bien valorado por la propia Comisión.⁵⁴

Además, por lo menos desde la segunda mitad de la década de los setenta se estableció como una práctica que la Asamblea General emitiera una resolución refiriéndose de manera específica al país de que trataba el Informe.⁵⁵ Este segundo aspecto de la práctica no se siguió, sin embargo, en relación con el Informe sobre Argentina a que se ha hecho referencia anteriormente, ante la amenaza de ese país de retirarse de la organización (emitiéndose solo una resolución más general), pero por lo menos existió un debate a fondo sobre la situación de los derechos humanos en Argentina.

Esto no significa que no existiera controversia cuando se trataba de otros países, ya que incluso, como hemos dicho, algunos Estados prohibían el ingreso de la Comisión. Los gobiernos afectados esgrimían defensas duras, pero no por ello los órganos políticos eludían el debate, imperando en definitiva el apoyo de estos órganos a la CIDH.

⁵⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Diez Años de Actividades (1971-1981)*, 1982. En su Introducción a dicho libro, el entonces Presidente de la CIDH, Andrés Aguilar, señalaba:

“Hasta 1976, los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) recibían una consideración puramente formal que concluía con la aprobación de resoluciones rutinarias limitadas a tomar notas de tales informes y a agradecer la labor de la Comisión. Fue, en efecto, en el sexto período ordinario de sesiones de la Asamblea General, celebrado en 1976, que se inicia la saludable práctica de discutir estos informes y de adoptar. Como resultado de tales debates, resoluciones sustantivas o procesales sobre derechos humanos.”

“En los períodos de sesiones de la Asamblea General que se han sucedido desde entonces [se refiere al lapso comprendido entre 1976 y 1981] el informe anual y los informes especiales de la CIDH (...) han sido objeto de público debate y han dado origen a resoluciones de la Asamblea General que han contribuido a fortalecer el sistema de protección y promoción de los derechos humanos en el hemisferio.”

“Para la CIDH el cambio que se ha operado en estos años es de extraordinaria importancia. No cabe duda de que el interés de la Asamblea General por sus actividades y el apoyo que le ha brindado han afianzado su autoridad y prestigio y ha constituido un poderoso estímulo para sus labores. Además, la publicidad que reciben los debates y las decisiones de la Asamblea General ha permitido a los pueblos de nuestro continente conocer mejor las actividades y posibilidades de acción de la CIDH.”

⁵⁵ Véase la nota anterior cuando se refiere a los informes especiales de la Comisión. Consúltese asimismo, Cecilia Medina, *The Role of Country Reports in the Inter-American System of Human Rights*, en: David Harris y Stephen Livingstone, (eds.), *cit.*, pp.115-131.

Estos rasgos del trabajo de los órganos políticos por esa época se explican porque el Sistema Interamericano estaba atravesado por una dicotomía: por un lado, aquellos Estados con gobiernos inequívocamente dictatoriales que violaban los derechos humanos de manera masiva y sistemática; por otro, aquellos otros que no se encontraban en esa condición, y que aparecían en una situación comparada superior a la de los primeros, por poseer gobiernos civiles y no practicar los atentados contra el derecho a la vida de forma masiva.

En los hechos, la Comisión le prestaba escasa atención a la situación de los derechos humanos en este segundo grupo de Estados y, cuando lo hacía, no solía apuntar a problemas estructurales de la organización política. De allí que cuando en 1990 la Comisión publicó una resolución sobre varios casos específicos acumulados en la que establecía que el sistema electoral de México violaba la Convención Americana se encontró con una respuesta de proporciones, produciéndose un gran revuelo.⁵⁶ México había sido históricamente uno de los soportes más importantes del trabajo de la Comisión cuando esta lidiaba con dictaduras que cometían violaciones masivas y sistemáticas.⁵⁷ Pero como el grueso de las dictaduras ya había desaparecido, la Comisión comenzaba a prestar atención ahora a otras situaciones, de antigua data por lo demás, como el sistema electoral mexicano, largamente cuestionado a nivel interno de ese país.

Esta resolución sobre México constituye un hito en la evolución del Sistema, marcando la pauta de lo que sobrevendría en los noventa, especialmente en lo que se refiere a la nueva relación entre los Estados y la Comisión. En lo sucesivo el trabajo de la Comisión se diversificaría paulatinamente en cuanto a sus funciones y temas y, al terminarse la dicotomía gobiernos militares/gobiernos civiles, la actitud de los Estados hacia la Comisión se volvería mucho más compleja y volátil.

⁵⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución N° 1/90, elaborada a partir de los casos N° 9768, 9780 y 9828 (México), 17 de mayo de 1990.

⁵⁷ Así lo ha señalado, p.ej., Tom Farer, quien –como hemos anotado– fuera miembro y Presidente de la Comisión a fines de los setenta y comienzos de los ochenta, y que coloca a México junto a Venezuela como los Estados que le prestaban mayor apoyo a este organismo. Véase, Tom Farer, *The OAS at the Crossroads: Human Rights (cit.)*, p. 405.

Esta transformación tendría lugar en un contexto en el que, por primera vez en la historia de la Organización de Estados Americanos todos los gobiernos eran de carácter civil y elegidos en las urnas (si no consideramos a Cuba, que si bien formalmente continúa siendo miembro de la OEA se halla suspendida de su derecho a participar). Por lo mismo, la organización política de los Estados miembros había llegado a ser, por lo menos en principio, coherente con los objetivos de la organización.⁵⁸ Esto conduciría a un replanteamiento del trabajo de la Comisión y también incidiría en las labores de la Corte.

5. BALANCE DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS EN EL CONTEXTO DE REGÍMENES AUTORITARIOS

Durante sus primeros 30 años de funcionamiento, en un contexto especialmente poco propicio como el descrito, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, aun con todas las limitaciones antes anotadas, alcanzó un nivel de desarrollo que pocos hubieran podido anticipar.

Resalta en este sentido en primer término el rápido posicionamiento y decidida actitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para confrontar las violaciones masivas y sistemáticas que tenían lugar en una serie de países miembros de la OEA, interpretando de manera amplia las normas que consagraban sus funciones e impulsando, cuando así le pareció necesario, una ampliación de dichas funciones, como lo pone de manifiesto el acento e insistencia de la propia Comisión para que los órganos políticos de la OEA le asignaran el poder de conocer y resolver casos específicos.

Apartándose a menudo de las pautas diplomáticas tradicionales, la Comisión desde un principio requirió de manera insistente a los Estados información sobre la situación de los derechos humanos, así como les solicitó se le permitiera realizar visitas *in loco* para comprobar la situación en el terreno.

⁵⁸ Para un estudio general sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos hasta fines de la década de los ochenta, véase Cecilia Medina, *The Battle of Human Rights: Gross, Systematic Violations and the Inter-American System*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1988.

También resalta la disposición de la Comisión por adquirir visibilidad pública, para lo cual la búsqueda del acceso a los medios de comunicación (de manera especial pero no exclusiva en el contexto de la realización de visitas *in loco*) resultó decisiva. Esto en una época en que no resultaba en absoluto habitual que los órganos equivalentes de Naciones Unidas asumieran una actitud similar.

El período en análisis también incluyó el desarrollo de los aspectos normativos del sistema interamericano. En especial destaca al respecto la adopción y posterior entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, hacia el final de dicho lapso, la suscripción del Protocolo sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adicional a la mencionada Convención. Si bien, en contraste con la ONU, se trata de una cantidad menor de instrumentos elaborados, lo cierto es que el hecho de que la Convención Americana incluyera el establecimiento de una Corte Interamericana en la materia marcó la diferencia. Además, en términos sustantivos, el nivel de reconocimiento de los derechos civiles y políticos por el Pacto de San José de Costa Rica alcanzó cotas más altas que sus equivalentes en los otros sistemas internacionales de protección de los derechos humanos.

En lo relativo a la Corte, en la etapa en comento su trabajo todavía se vio sometido a serias limitaciones, en particular – como hemos visto- en lo concerniente al ejercicio de su función contenciosa. No obstante tales limitaciones, la Corte adoptó una actitud proactiva, impulsando el desarrollo de los estándares normativos interamericanos en una amplia gama temática a través de sus Opiniones Consultivas. Además, en los pocos casos contenciosos de los que la Corte conoció por esa época, desarrolló bases cruciales para el desarrollo posterior del sistema interamericano, como se constata desde la primera sentencia de fondo, dictada en el caso de Manfredo Velázquez Rodríguez, que además de fijar los parámetros para el tratamiento de las desapariciones forzadas de personas, interpretó el alcance de las obligaciones generales de los Estados en materia de derechos humanos.

También es destacable el nivel de interacción que rápidamente adquirieron las organizaciones de la sociedad civil con la Comisión Interamericana, facilitando y fortaleciendo su tarea por la protección de los derechos humanos, contribuyendo al ejercicio de sus diversas funciones. En relación con la Corte Interamericana, en cambio,

solo se alcanzó a avanzar de manera incipiente en la participación de la sociedad civil, lo cual se explica por el establecimiento más tardío de dicho tribunal y la dilación (no atribuible a ella) en comenzar a hacer uso de su jurisdicción contenciosa.

En lo referido a los órganos políticos de la OEA y las funciones que estos cumplen en materia de derechos humanos, el balance es mixto. Por una parte, su tendencia predominante fue la de apoyar el trabajo de la Comisión y la Corte. En especial – y sin perjuicio de que siempre hubiera discusión al respecto entre los Estados- destaca el hecho de que en una serie de asambleas generales se endosaran los Informes sobre países preparados por la Comisión, emitiéndose resoluciones que condenaban la práctica de violaciones masivas y sistemáticas en Estados específicos. Además, estos órganos políticos resultaron decisivos para la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos interamericanos sobre el tema. Como contrapartida, durante el período en análisis en este capítulo, se mantuvo una política y una práctica de falta de transparencia del quehacer de los órganos políticos así como una falta de participación casi completa de la sociedad civil en ellos.

En el balance general el saldo fue positivo, sobre todo si se considera que el surgimiento y desarrollo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se produce en un contexto adverso, en el que existían numerosos regímenes dictatoriales en el Continente Americano. En definitiva, aquellos Estados que promovían el fortalecimiento de la labor de la OEA en la protección de tales derechos fueron capaces de hacer valer sus puntos de vista, en conjunto con la propia Comisión y la Corte, así como con el respaldo de los organismos no-gubernamentales.

CAPÍTULO II: DEBATES Y PROPUESTAS DE REFORMAS AL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS DURANTE LOS PROCESOS DE DEMOCRATIZACIÓN

1. LA RELACIÓN ENTRE ÓRGANOS POLÍTICOS Y ÓRGANOS DE DERECHOS HUMANOS DE LA OEA Y LOS DEBATES SOBRE REFORMAS

Luego de varias décadas de labor de los órganos de derechos humanos de la OEA en un contexto con fuerte presencia de regímenes autoritarios, hacia 1990, prácticamente la totalidad de los países de dicha organización poseían gobiernos elegidos en las urnas. Las dos dictaduras que subsistían en Sudamérica habían terminado (Paraguay y Chile, en 1989 y 1990, respectivamente). La única excepción al respecto en la OEA era Cuba, que ya se hallaba suspendida en su participación en dicha institución desde 1962. Esta situación – de ausencia casi total de dictaduras- carecía de precedentes en la OEA, donde desde su creación en 1948 siempre hubo un conjunto – a veces muy significativo- de gobiernos *de facto*.

Además, no se trataba de cualquier transición a la democracia, sino de procesos con marcados contrastes y enormes desafíos, ya que en muchos casos se salía de dictaduras que habían cometido violaciones a una escala sin precedentes en el Continente Americano, por lo menos en tiempos modernos. Subsistían, no obstante, algunos conflictos armados internos –como en Colombia y Perú-, aunque tendían a concluir –como en Nicaragua- o decrecer –como en El Salvador y Guatemala. A los aspectos anteriores cabe añadir que la caída del Muro de Berlín en noviembre de 1989 también había tenido impacto en el Continente Americano, reduciéndose los niveles de polarización. Con el fin de la Guerra Fría se produjo además la incorporación de Canadá a la OEA. Este país había sido históricamente renuente a ingresar a la organización por considerarla en lo fundamental una institución bajo una clara influencia de Estados Unidos, pero el nuevo contexto político lo llevó a replantearse el asunto.⁵⁹

⁵⁹ Véase, Andrew Cooper y Thomas Legler, *Intervention Without Intervening?: The OAS Defense and Promotion of Democracy in the Americas*, Palgrave MacMillan, Nueva York, 2006, especialmente pp. 36 ss.; Bernard Duhaime, Strengthening the protection of human Rights in the Americas: A role for Canada?, en Mónica Serrano, Mónica y Vesselin Popovski (eds.), *Human Rights Regimes in the Americas*, United Nations University Press, Nueva York, 2010, pp.84-113.

A esas alturas, como hemos explicado en el capítulo anterior, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ya se hallaba conformado por sus dos órganos centrales: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (que entró en funcionamiento en 1960) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (que comenzó a operar en 1979) y ya se encontraba en vigor la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La nueva correlación de fuerzas en la OEA hizo que las organizaciones de la sociedad civil se replantearan sus expectativas respecto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos a comienzos de los noventa. De manera simplificada, sus expectativas más importantes podían resumirse de la siguiente manera:

- Se esperaba, con un mayor o menor grado de optimismo, un fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, considerando que el nuevo contexto de claro predominio de gobiernos civiles en el Continente.

- Se anticipaba una diversificación de la cartera de casos de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como una ampliación de la cartera de casos de la Corte.

- Comenzaba a observarse un uso incipiente del mecanismo de la solución amistosa de casos individuales. También se notaba un desarrollo en el empleo de medidas cautelares por parte de la Comisión y un incipiente recurso a las medidas provisionales por a Corte.

- Se esperaban progresos en las formas de participación de las ONGs en el Sistema. En especial, se pensaba que dentro de algunos años los peticionarios alcanzarían autonomía en la tramitación de casos contenciosos ante la Corte. También comenzaba a discutirse la posibilidad de establecer un sistema de status consultivo para las organizaciones de la sociedad civil en la OEA, como ya existía desde muchos años antes en la ONU.

- Existían distintos grados de optimismo respecto de un posible fortalecimiento de los sistemas judiciales y de la recepción a nivel interno de las normas y estándares internacionales de derechos humanos, como maneras de hacer efectivo el carácter subsidiario del Sistema Interamericano.

- En general, se pensaba que los Estados participarían de manera más activa en la litigación de los casos y que se avanzaría en el cumplimiento de las resoluciones emanadas de la Comisión y la Corte.⁶⁰

Contrariamente a lo que pudiera haberse pensado, el hecho de que los Estados Miembros de la OEA poseyeran en esta nueva etapa gobiernos civiles no trajo consigo un fortalecimiento del apoyo de los órganos políticos de dicha institución (el Consejo Permanente y la Asamblea General) al trabajo de la Comisión en los primeros años de los noventa. Incluso más: a pesar de que, conforme a las regulaciones del Pacto de San José de Costa Rica, la Comisión está diseñada para operar en plenitud de funciones en situaciones de normalidad democrática, una serie de Estados comenzaron a replantearse este aspecto, sosteniendo que la Comisión había cumplido un papel de importancia durante las dictaduras pero que su rol debía ser reformulado y restringido en el nuevo contexto. Varios factores contribuyeron a esto, algunos específicos y uno de carácter más general.

Un primer factor relevante fue la reacción de algunos Estados como consecuencia de las resoluciones de la Comisión estableciendo que las leyes de amnistía para violaciones graves a los derechos humanos violaban la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención” o “la Convención Americana”). En particular, en los casos de Argentina y Uruguay, se trataba de violaciones masivas y sistemáticas cometidas por los gobiernos dictatoriales, que ya habían dejado el poder en

⁶⁰ Varias de estas ideas fueron formuladas, por ejemplo, en una mesa redonda sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el marco de la Conferencia de la Latin American Studies Association (LASA) realizada en Los Angeles, EE.UU., en septiembre de 1992, en la que intervinieron representantes de varias organizaciones no-gubernamentales usuarias del Sistema, como el Centro por la Acción Legal en Derechos Humanos (CHRLA), el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), la Seccional Colombiana de la Comisión Andina de Juristas (actualmente Comisión Colombiana de Juristas), Human Rights Watch y el International Human Rights Law Group (actualmente Global Rights).

esos países. Las leyes de amnistía, no obstante, habían sido dictadas por los gobiernos civiles subsecuentes.⁶¹

Para afirmar que no había vulnerado la Convención, Argentina argumentaba, entonces, que su propósito original había sido perseguir a los responsables pero que circunstancias extremas (de presión militar) la habían llevado a dictar las normas de amnistía, en tanto que Uruguay sostenía que la Ley de Caducidad había sido legitimada por la voluntad popular.⁶² La Comisión encontró insuficientes estos argumentos, señalando que los Estados no podían autoeximirse de sus obligaciones internacionales, y que las normas de amnistía habían transgredido las obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos establecidas en el artículo 1 de la Convención y que se habían vulnerado además las garantías de protección judicial y debido proceso establecidas en la Convención.⁶³

Los gobiernos de estos dos Estados pusieron en tela de juicio el actuar de la Comisión, siendo Uruguay el que reaccionó de manera más fuerte, llegando a descalificarla por ello. Estas reacciones produjeron una paralización en la Comisión, que mantuvo los Informes sobre Uruguay y Argentina sin ser publicados por cerca de

⁶¹ Además, en el caso argentino, los militares habían dictado una autoamnistía poco antes de dejar el gobierno, pero ella fue declarada nula por los tribunales al comenzar la transición a la democracia. En Argentina el primer gobierno democrático, encabezado por Raúl Alfonsín había hecho inicialmente esfuerzos para investigar y sancionar a los responsables (además de crear una Comisión de Verdad), pero más tarde, frente a la resistencia demostrada por los militares, aprobó la Ley de Obediencia Debida y la Ley de Punto Final, que en la práctica amnistiaban los delitos señalados. Finalmente, en 1990 el gobierno de Carlos Menem dictaría un indulto favoreciendo a los líderes de las ex-Juntas Militares (que no se habían visto favorecidos por las normas de amnistía) y al dirigente máximo del Movimiento Montoneros. En Uruguay, no se había llevado a cabo ninguna investigación de las violaciones, ni a nivel judicial ni bajo la forma de una Comisión de Verdad, sino que, al parecer como parte del acuerdo con los militares para que estos dejaran el poder, se había aprobado la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, que vedaba completamente la posibilidad de accionar ante los tribunales en estas materias. La complejidad del caso uruguayo venía dada, sin embargo, por el hecho de que dicha ley había sido posteriormente ratificada por la mayoría de la población en un referéndum.

⁶² Véase, *Observaciones del Gobierno del Uruguay al Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, OEA/Ser.G/CP/doc.2376/93, 18 de mayo 1993.

⁶³ Informe 34/91, Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, Argentina, Sobre los efectos de las Leyes N°s 23.492 y 23.521 y Decreto N° 1002/89 (corresponden, respectivamente, a las leyes conocidas como de "Punto Final", "Obediencia Debida" y al indulto presidencial), 4 de octubre de 1991. Informe 35/91, Casos 10.029, 10.036, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.375, Uruguay, Sobre los Efectos de la Ley N1. 15.848 ("Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado"), 4 de octubre de 1991.

un año después de formulados los descargos de los gobiernos, un hecho sin precedentes en la práctica de este organismo.^{64 65}

Los gobiernos de Argentina y Uruguay presentaron una solicitud de Opinión Consultiva a la Corte Interamericana, por considerar que la CIDH había pasado a llevar en lo sustantivo y en lo formal los parámetros contemplados en la Convención Americana. En una de las preguntas planteadas a la Corte se cuestionaba el papel asumido por la Comisión de calificar la compatibilidad de leyes internas de los Estados con la Convención (lo que había hecho la CIDH respecto de las normas de amnistía, aunque éstas no se mencionaban expresamente, ya que no se trataba de un caso contencioso sino de una solicitud de Opinión Consultiva). En otra se le preguntaba a la Corte acaso el Informe Preliminar de la Comisión podía ser conocido por los peticionarios; lo que había sucedido respecto de los casos sobre las amnistías es que, una vez que el gobierno uruguayo transmitió a los periodistas de ese país el contenido del Informe, los peticionarios hicieron lo mismo en otros países.⁶⁶

La Corte se hizo cargo de estas preguntas en su Opinión Consultiva N°13. En ella reafirmó la facultad de la Comisión de calificar la compatibilidad de normas internas con el Derecho Internacional, lo que venía a respaldar el accionar de dicho organismo.⁶⁷ Si bien tal poder no se halla expresamente contemplado en la Convención Americana, de las amplias facultades que dicho instrumento le confiere a la Comisión se desprende la de determinar la compatibilidad en el sentido señalado.

Otro factor lo constituían aquellos Estados que venían saliendo de guerras civiles. Esto ocurría especialmente con El Salvador y Nicaragua. Los delegados de ambos Estados consideraban que al haber concluido los conflictos armados la Comisión debía disminuir de manera significativa su escrutinio sobre la situación de los derechos

⁶⁴ Los informes definitivos, conteniendo los descargos de los gobiernos y la refutación de los mismos por parte de la Comisión fueron publicados en octubre de 1992. Véase Informe N° 28/92, Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311 (Argentina), 2 de octubre de 1992 e Informe N° 29/92 (Uruguay), Casos 10.029, 10.036, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.375, 2 de octubre de 1992.

⁶⁵ La jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre las amnistías se ha fortalecido y consolidado posteriormente, en especial por medio de una serie de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se analizan en otro capítulo de este trabajo.

⁶⁶ También se formulaba una tercera pregunta, que no tenía relación con estos casos.

⁶⁷ Corte I.D.H., *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-13, del 16 de julio de 1993.

humanos. Por lo mismo, hacían ver, en ocasiones de manera muy fuerte, que la CIDH se extralimitaba al continuar preparando Informes sobre esos países. Según ellos, al haber terminado las prácticas masivas de ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas, no existía motivo para que la Comisión les continuara dedicando una atención especial, lo que consideraban como una forma de discriminación que los estigmatizaba. Las críticas llegaban al punto de poner en tela de juicio la legitimidad de la Comisión. Los representantes de Guatemala, que también se encontraba en las fases finales de la Guerra Civil (aunque todavía en un contexto de ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas masivas), en cambio, usualmente mantenían una actitud distinta, sin ataques virulentos a la Comisión (lo cual no significaba que diera cumplimiento a sus resoluciones); incluso, al asumir el poder la administración encabezada por Ramiro de León Carpio, ex-Procurador de los Derechos Humanos, luego del frustrado autogolpe de Jorge Serrano, hubo una etapa de apoyo a la Comisión por parte de Guatemala.

De hecho, fue precisamente uno de los gobiernos recién mencionados, el de Nicaragua, el que, con ocasión de la Asamblea General realizada en Managua en 1993, consiguió la adopción de una resolución destinada a estudiar una reforma de la Convención Americana, supuestamente encaminada al fortalecimiento de la OEA en materias de derechos humanos.⁶⁸ Este sería el punto de partida para los debates mantenidos al respecto por largo tiempo.

Estos factores hicieron que comenzara a trasuntarse un problema más general: de qué manera los Estados regidos ahora por gobiernos civiles iban a actuar en relación con la Comisión y, más aún, cuál era el rol a jugar por ésta en el nuevo contexto con predominio de dichos gobiernos. En cuanto a la Corte, parecía fuera de la preocupación de los Estados, probablemente porque todavía eran pocos los casos contenciosos de los que conocía. Esto, que comparativamente con el trato dado a la Comisión era positivo, tenía su importante cara negativa, puesto que los órganos políticos del Sistema no le daban seguimiento alguno a las sentencias de la Corte. Esta última tampoco realizaba

⁶⁸ Véase, *Propuesta de enmienda al artículo 34 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos*, OEA/Ser.P/AG/doc.2988/93, 8 junio 1993. Consúltese también *Nota de la Misión Permanente de Nicaragua solicitando la inclusión de un tema relativo a la enmienda de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en el Proyecto de Temario del Vigésimo Tercer Período de Sesiones de la Asamblea General*, OEA/Ser.P/AG/CP/doc. 539/93, 20 abril 1993.

esfuerzos significativos en esa dirección, ya que, estando obligada por la Convención⁶⁹ a informar a la Asamblea General sobre los Estados en mora de cumplimiento de sus resoluciones, en esos años sólo lo hacía por escrito y no era mencionado por su Presidente en su intervención oral ante la Asamblea.

Si bien era bastante frecuente que los Estados urgieran por la necesidad de reformas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en especial de la Comisión, durante la primera mitad de la los noventa eran muy escasas las propuestas específicas en tal sentido. Los Estados por ese entonces reiteraban una y otra vez la necesidad de reformas estructurales del Sistema, esto es, reformas referidas a los roles de sus órganos. Comenzaba a levantarse la idea de que la Comisión debería dedicarse fundamentalmente a tareas de promoción.

2. ALGUNAS PROPUESTAS DE REFORMAS: REDEFINIENDO LOS ROLES DE PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LA COMISIÓN

A partir de la Asamblea General de la OEA de 1996, efectuada en Ciudad de Panamá, varios Estados decidieron impulsar con más vigor un proceso de reforma global del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El argumento central de ese grupo de Estados, encabezado informalmente por los representantes de México y Perú, consistía en señalar que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en general y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en especial habían sido creados en un contexto en el que la situación de los derechos humanos en el Continente difería sustancialmente de la de los noventa.

El antiguo contexto correspondería a uno en el que predominaban dictaduras que cometían violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos, mientras que el de los noventa estaría caracterizado por la presencia de gobiernos democráticamente electos, supuestamente preocupados ellos mismos por la protección de tales derechos. Estas diferencias de contexto -sostenía este grupo de Estados- ponían en evidencia lo inadecuado de las funciones y formas de operar del Sistema -especialmente de la

⁶⁹ De conformidad con su artículo 65.

Comisión- respecto de las necesidades presentes. Siguiendo con su argumento, planteaban entonces que la CIDH debería concentrarse en sus labores de promoción de los derechos humanos, es decir, en difundir el conocimiento acerca de tales derechos y en realizar actividades de educación en la materia. El rol de protección de los derechos humanos debería, en consecuencia, quedar entregado básicamente al nivel interno de los Estados, siendo necesario reducir el papel de la Comisión al respecto o, como se sugería a veces entre líneas, incluso eliminarlo.⁷⁰

La tesis de que la promoción debía ser la tarea central de la CIDH también era sostenida por el entonces Embajador de la Misión de Chile ante la OEA, Edmundo Vargas Carreño –quien también había sido Secretario Ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos-, que lo ponía en los siguientes términos: “[y]o diría que las tareas que a nuestro entender son fundamentales en un sistema interamericano renovado son, en primer lugar, la promoción de derechos humanos; en segundo término, el asesoramiento en materia de derechos humanos, tanto a la Organización [la OEA] como a los gobiernos, incluyendo la participación en la elaboración de normas relativas al derecho internacional de derechos humanos. En tercer término, una función fundamental es que el sistema, a través del órgano que se determine, pueda, eficaz y oportunamente, en forma expedita, reaccionar cuando se producen situaciones de derechos humanos graves y evidentes. Y la cuarta función es que ese sistema pueda dirimir las controversias que se susciten entre el Estado y los individuos respecto de la aplicación e interpretación de aquellos derechos humanos internacionalmente reconocidos.”⁷¹

La tesis de que la promoción debía constituirse en la función principal de la CIDH era rebatida por ésta de la siguiente manera, en palabras de su Presidente de la época, Claudio Grossman: “[e]stoy seguro de que estamos todos de acuerdo que la promoción, la educación y el entrenamiento en derechos humanos es fundamental. Tal como lo planteara el señor Secretario General, es esencial la creación de una cultura de

⁷⁰ Aquí cabe hacer la observación de que si bien es cierto que todo el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos está diseñado para operar de manera subsidiaria, esto es, cabe a los Estados a nivel interno cumplir el rol elemental de proteger estos derechos, no lo es menos que los órganos internacionales deben disponer de los mecanismos para efectuar las labores de protección cuando los Estados no son capaces de hacerlo por sí mismos.

⁷¹ Edmundo Vargas Carreño, Intervención del Representante de Chile durante la Sesión Ordinaria del Consejo Permanente de la OEA, 27/11/1996; en: Méndez y Cox, *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos* (cit.), pp. 43-50. La referencia es de p. 45.

respeto y de tolerancia en nuestro hemisferio. (...) Sin embargo, la CIDH no puede hacer todo lo que sea esencial. Quien no tiene prioridades no tiene programa y hay numerosas instituciones que pueden hacer actividades de promoción mientras que sólo la CIDH puede contribuir a que se haga justicia en un caso concreto. De allí que hayamos empezado a realizar actividades de promoción pero orientándolas a las actividades propias de la Comisión – los derechos protegidos, el sistema de casos, la jurisprudencia vigente-, porque nos parece que de otra manera nos diluiríamos en nuestra importante labor.”⁷²

Por otra parte, el entonces Presidente del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y ex Presidente de la Corte Interamericana, Pedro Nikken, observaba con ánimo crítico que “[l]lama la atención que sería esta la primera vez en que se aborda la reforma integral de un sistema de protección internacional de los derechos humanos como consecuencia de una decisión política de los gobiernos integrados en él. Por reforma integral entiendo no tanto la introducción de nuevos derechos en el ámbito de aplicación de un sistema de derechos humanos, sino por aquellas que tocan la estructura y medio de operar de dicho sistema.”⁷³ Nikken añadía –de manera comparativa- que el Sistema Europeo de Derechos Humanos “se ha transformado por su propia dinámica, consistente en una aplicación flexible y progresiva de sus normas por los órganos del sistema, con la aprobación o, al menos, sin la decidida oposición de los Estados Partes en la Convención Europea. Es decir, ha sido la cristalización de la práctica de la Comisión y de la Corte Europea de Derechos Humanos, traducida en reformas reglamentarias, la que de hecho ha orientado la evolución del sistema. Los Estados Partes finalmente han formalizado esa práctica para introducir, a través de Protocolos a aquella Convención reformas que las plasmen en el Derecho escrito convencional.”⁷⁴

Las iniciativas de reforma se combinaban con un descreimiento por parte del grupo de Estados que la impulsaba respecto de las organizaciones no-gubernamentales de derechos humanos, las que, a su juicio, parecían no haber percibido las

⁷² Claudio Grossman, Palabras del Presidente de la CIDH, Decano Claudio Grossman, en la Inauguración del 95º Período Ordinario de Sesiones de la CIDH, Washington, D.C., 24 de febrero de 1997; en: Juan E. Méndez y Francisco Cox (eds.), *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos* (cit.), pp. 155-166; la referencia es de pp. 163-164.

⁷³ Pedro Nikken, Perfeccionar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos sin Reformar el Pacto de San José; en Méndez y Cox (cit.), pp. 25-41; la cita es de p. 25.

⁷⁴ *Ídem*.

transformaciones experimentadas en los últimos años en los regímenes políticos y jurídicos de la región, insistiendo en llevar a la esfera internacional problemas que, al entender de tales Estados, podían ser resueltos satisfactoriamente en el ámbito interno.

En el ambiente estaban varias iniciativas en la dirección anotada, esto es, destinadas fundamentalmente a reducir el rol de protección de los derechos humanos de la CIDH, privilegiando su rol de promoción de tales derechos. Algunas de estas iniciativas habían sido planteadas solo verbalmente sin llegar a ser formuladas oficialmente, en tanto que otras habían sido planteadas de manera oficial y se encontraban pendientes.

Una propuesta central en este sentido consistía en poner fin a los Informes sobre países de la Comisión Interamericana. Estos Informes, según los países que propugnaban por su abolición, habían tenido sentido en la época de las dictaduras, pero ya no lo tenían en el nuevo contexto. Una propuesta subsidiaria a la anterior consistía en terminar con la facultad de la Comisión de decidir acerca de qué Estados son merecedores de un Informe, dejando a los órganos políticos de la OEA entregada tal determinación. Se trata de una idea que los Estados a los que se refieren los Informes han venido planteando desde que la Comisión iniciara esta modalidad de trabajo.⁷⁵

Por su parte, el ex Presidente de la Comisión Interamericana, Tom Farer, escribía en los noventa acerca de la importancia de los Informes sobre países en el marco contexto de procesos de democratización, observando que “[p]aradójicamente, es más probable que ellos sean efectivos en el contexto democrático actual que lo que lo fueron en la era previa del terror. La paradoja emana tanto del proceso de preparación de los informes como de las consecuencias potenciales de los informes mismos.”⁷⁶

⁷⁵ Véase, Cecilia Medina, *The Role of Country Reports in the Inter-American System of Human Rights*; en: David Harris y Stephen Livingstone (eds.), *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford University Press, Nueva York, 1998, pp.115-131.

⁷⁶ Tom J.Farer, *The future of the Inter-American Commission on Human Rights: Promotion versus Exposure*; en Juan E. Méndez y Francisco Cox, *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos* (cit.). La referencia es de pág.524 (la traducción es mía). Refiriéndose a las visitas destinadas a la preparación de informes sobre países, Farer señala que ellas “generalmente poseen un alto perfil y son ampliamente cubiertas por los medios de comunicación locales. La Comisión normalmente será recibida por el Jefe de Estado y se reunirá con diversos Ministros y otros funcionarios. Estas reuniones rara vez son meros ejercicios de protocolo. Ellas constituyen discusiones, a menudo vigorosas, en las cuales la Comisión describe sus preocupaciones acerca de la legislación, decretos, procesos, así como de instancias concretas sobre las cuales se haya alegado un comportamiento inapropiado, y los

Lo cierto es que si se contrasta la situación al respecto en el Sistema Interamericano y en la ONU, donde la selección de los países que se considera que requieren de un Relator Especial es realizada por los Estados que integraban la antigua Comisión de Derechos Humanos (reemplazado por el Consejo de Derechos Humanos), se apreciará que el mecanismo establecido en el primer Sistema es muy superior.⁷⁷

En el Informe Anual presentado ante la Asamblea General realizada en Lima en junio de 1997, la Comisión explicitó los criterios para la determinación de los países que se hacen merecedores de Informes. Estos criterios se reiteran en los Informes Anuales posteriores, en la Introducción al capítulo que contiene los Informes sobre Países.⁷⁸ Además, la CIDH incorporó como una práctica regular el dar a conocer al Estado respectivo un borrador del Informe, para recibir sus comentarios y observaciones (hasta entonces sólo lo hacía ocasionalmente).⁷⁹

En relación con las labores de promoción, en definitiva, la Comisión optó por seguir el camino de establecer un convenio con el Instituto Interamericano de Derechos Humanos para sistematizarlas. Las actividades de promoción constituyen la tarea principal del Instituto, y lo que se hizo fue acordar un plan de actividades de este carácter con la Comisión, siendo el Instituto el ejecutor principal de ellas. Este Plan fue presentado a la Asamblea General celebrada en Caracas en 1998 y aprobado por la misma. Sin embargo, muchas de las actividades de promoción quedaron sujetas a la asignación de recursos adicionales para tales efectos, de manera de no afectar el presupuesto ordinario de la Comisión.

representantes gubernamentales ofrecen interpretaciones, explicaciones, refutaciones, etc. En países en los cuales los altos oficiales no están involucrados en conspiraciones para violar los derechos humanos estos intercambios pueden ser de cierto valor. “(ídem, pág.525; la traducción es mía).

⁷⁷ Cabe añadir que el sistema de Informes sobre Países de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los que prepara la ONU son complementarios, no existiendo en materia de Informes un problema de duplicidad por el hecho de que diferentes órganos internacionales los elaboren paralelamente. Muy por el contrario, las iniciativas paralelas contribuyen a potenciar el monitoreo. Incluso, cuando tanto la CIDH como órganos de la ONU preparan Informes sobre un mismo país, dichos organismos se coordinan e informan mutuamente, lo que redundan en Informes más completos, acuciosos y de mayor impacto.

⁷⁸ Estos criterios se describen en el capítulo VI.

⁷⁹ Artículos 57.2 y 58 del Reglamento de la Comisión.

A ello cabe añadir que a través de las Relatorías Temáticas que la Comisión iría creando a partir de la década de los noventa -las cuales se estudian más adelante en este trabajo- se llevan a cabo también labores de promoción (además de las labores de protección de derechos que ellas desempeñan).

3. ALGUNAS PROPUESTAS DE REFORMAS SOBRE ASPECTOS ORGÁNICOS DE LA COMISIÓN Y LA CORTE

Además de los temas analizados, existen otros acerca de los cuales se han propuesto reformas o ha existido debate durante los procesos de democratización y que se refieren a aspectos orgánicos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tales como la posibilidad de fusionar la Comisión y la Corte en un solo órgano, la de establecer un tribunal con carácter permanente, así como una eventual modificación de los requisitos para llegar a formar parte de la Comisión. La determinación clara de la autonomía funcional de la CIDH tampoco ha tenido lugar, ya que aunque ésta ha ido desarrollándose en la práctica, es precaria desde el punto de vista jurídico.

a) Ampliación de la Comisión

Una de las primeras propuestas específicas de cambios de carácter orgánico al Sistema Interamericano de Derechos Humanos provino del gobierno de Nicaragua en 1993. Aunque de alcance secundario en apariencia, en realidad su impacto podría haber sido no menor. Ella consistía en la ampliación del número de miembros de la Comisión (que desde sus inicios había sido de siete), de manera de asegurar una representación geográfica adecuada.⁸⁰ Esta idea, apoyada por algunos Estados, fue criticada por otros, así como por la propia CIDH y por las organizaciones no-gubernamentales, por considerar que ello solo contribuiría a restar eficiencia (y eventualmente a hacer menos independiente) a la Comisión.⁸¹ Para los adversarios de esta idea, el caso de Naciones

⁸⁰ La Convención Americana establece en su artículo 35 que la CIDH representa a todos los miembros que integran la Organización de Estados Americanos.

⁸¹ Al respecto, el ex Presidente de la CIDH, Tom Farer, escribía por la época de esta propuesta: “salvo muy pocas excepciones, los miembros de la Comisión han demostrado una admirable independencia y objetividad en sus conclusiones y recomendaciones. Sobre la base de mi experiencia como miembro de la Comisión y de mi participación o estudio de otras instituciones oficiales, puedo señalar que una razón principal para dicha conducta de sus miembros es su reducido número. Un grupo de siete, trabajando juntos intensamente, viendo a menudo terrible evidencia, escuchando el mismo testimonio, compartiendo íntimamente situaciones incómodas, tensas, incluso riesgosas en visitas en el terreno, forman lazos

Unidas, en que prácticamente todos los órganos de derechos humanos de conformación colectiva están diseñados sobre la base de la representación geográfica, era completamente distinto, dada la gran variedad de países miembros de esa organización; ausente esa característica en el Sistema Interamericano no tenía sentido implementar una medida similar, que solo agregaría nuevos problemas. Menos sentido aún tenía la propuesta si ella no iba acompañada de la asignación de recursos adicionales a los ya escasos de que disponía la Comisión. Por lo demás, esta propuesta reflejaba el no poco frecuente olvido acerca del carácter individual con el que deben actuar los comisionados, hecho que quedó reflejado en la misma Asamblea General de 1993 (en que fue formulada esta idea), cuando el Embajador de Canadá ante la OEA hizo ver durante la elección de comisionados que al momento de contarse los votos se nombraba a los países de los cuales eran nacionales los candidatos, en vez de nombrarse a los candidatos mismos, como correspondía.

b) Posibilidad de fusionar la Corte y la Comisión en un solo órgano

Una de las reformas que estuvo en discusión –planteada por varios Estados– durante varios años se refería a una eventual fusión de la Comisión y la Corte, de manera que existiese en lo sucesivo solo una Corte. Tal fue el camino adoptado por el Sistema Europeo hace pocos años. Como apuntaba en los años noventa el entonces Embajador de la Misión de Chile ante la OEA Edmundo Vargas Carreño, “[r]esulta que en Europa hoy día hay un solo órgano. Yo no quiero plantear hoy día este tema, pero sí quiero invitar a reflexionar sobre si no sería más conveniente que pudiéramos establecer un solo órgano permanente, con miembros o jueces de dedicación completa, que obviamente no serían siete, sino once o quince (...).”⁸²

colectivos importantes. Cuando habiéndose formado tales lazos y visto y escuchado la ,misma prueba, ellos se abocan a la preparación de un informe, ninguno de ellos podrá desentenderse fácilmente de verdades evidentes. Por lo mismo, me parece que las propuestas de una Comisión más grande emanan del error de no apreciar la manera en la que su carácter de un grupo pequeño protege la integridad de la Comisión.” Tom J.Farer, *The future of the Inter-American Commission on Human Rights: Promotion versus Exposure*; en Juan E. Méndez y Francisco Cox, *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (cit.)*, pp.515-536. La referencia es de pp.532-533 (la traducción es mía).

⁸² Edmundo Vargas Carreño, Intervención del Representante de Chile durante la Sesión Ordinaria del Consejo Permanente de la OEA, 27/11/1996; *cit.*; la referencia es de p.49.

Como hemos descrito, en el Sistema Interamericano, durante 20 años (1959-1979) operó exclusivamente la Comisión, y en las siguientes décadas han funcionado dos órganos: la Comisión y la Corte. El avance en la cantidad de Estados que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte llevó a algunos a sostener que se encuentran las condiciones en ciernes para que pueda comenzar a pensarse que en un plazo cercano pudiera operarse sólo a través de una Corte. Esta propuesta comenzó a perfilarse a fines de 1999, con la creación de un Grupo Ad-Hoc sobre el fortalecimiento del Sistema Interamericano, pero en definitiva no prosperó.

El planteamiento de fusionar la Comisión y la Corte, eliminando la Comisión, pasaba por alto a lo menos dos aspectos centrales. El primero concierne a la situación de los derechos humanos en el Continente Americano. El segundo se refiere a la actitud con que los Estados encaran el rol de los órganos y las decisiones emanadas de éstos.

En lo relativo al primer aspecto, en un amplio número de países de la región continúan existiendo violaciones graves a los derechos humanos. En la mayoría de los países no se trata, como en el pasado, de violaciones sistemáticas, deliberadamente llevadas a cabo por los órganos centrales del aparato estatal (aunque ellas subsisten en algunos países). Sin embargo, las violaciones continúan siendo graves en muchos Estados, ya sea por la aquiescencia o tolerancia del aparato estatal, ya porque este aparato es muy débil, ya porque el poder de las autoridades civiles coexiste de hecho con el poder del sector militar o de grupos paramilitares.

Además, algunos de los tipos de violaciones graves no constituyen en modo alguno hechos aislados, sino que constituyen prácticas arraigadas. Tal es el caso, por ejemplo, de la persistencia de la práctica de la tortura y otros tratos crueles en los centros de detención y en los centros penitenciarios, violaciones que son cometidas por agentes estatales.

Otra práctica que persiste de manera extendida es la violencia contra la mujer, ya que si bien en este caso se ha logrado ir creando conciencia en la última década en la región, el problema está aún lejos de solucionarse. A diferencia de lo que ocurre con la tortura, en el caso de la violencia contra la mujer en general los agentes estatales no suelen ser los agresores directos; sin embargo, a pesar de tratarse de una práctica

notoriamente conocida, los Estados no la enfrentan de manera eficaz ni asignan a esta tarea suficientes medios, lo que termina equivaliendo a una forma de aquiescencia o tolerancia.

También continúan siendo muy extendidas y diversas las prácticas discriminatorias respecto de importantes sectores de la población en muchos países, incluyendo la mujer, los pueblos indígenas, las comunidades afrodescendientes, etc. Respecto de este problema, puede afirmarse que el mismo no se limita a la tolerancia de los agentes del estado, sino que a menudo esos agentes son quienes perpetran los actos discriminatorios. Ello ocurre no pocas veces sin conciencia de que se está discriminando (lo cual no obsta, claro, a que se trate de un acto discriminatorio), revelando hasta qué punto se encuentran arraigadas en la cultura de la región dichas prácticas.

Frente a estas y otras prácticas arraigadas y extendidas, un Sistema Interamericano de Derechos Humanos que sólo operara a través de una Corte que conociera de casos individuales sería claramente insuficiente. Si bien es cierto que en determinadas circunstancias la decisión de casos paradigmáticos puede producir un efecto transformador que vaya más allá de ese caso en particular, cuando se trata de violaciones a los derechos humanos con características como las recién anotadas es imprescindible disponer de otros medios para procurar su solución.

Entre esos otros medios, la elaboración de Informes sobre países y la realización de visitas in loco (con el consiguiente impacto comunicacional y de opinión pública que ellas producen), así como el trabajo por medio de relatorías especializadas, son actividades que lleva a cabo la Comisión y que en el contexto actual resultan insustituibles.

El segundo aspecto se refiere, como señalábamos, a la actitud de los Estados frente al Sistema. Este segundo aspecto envuelve, a su vez, dos facetas: la actitud individual de los Estados frente a las decisiones emanadas de los órganos interamericanos y la actitud colectiva de los Estados como parte de la OEA. Aunque en relación con el primero de los aspectos mencionados se ha experimentado una mejoría en el nivel de cumplimiento de las resoluciones de la Comisión y la Corte, dicho nivel

es todavía claramente insatisfactorio. En lo concerniente a los Estados como parte de los órganos políticos de la OEA no ha habido avances significativos para constituirse en garantes colectivos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Quienes han auspiciado la existencia de un solo órgano -una Corte- en el Sistema Interamericano suelen invocar como precedente la experiencia del Sistema Europeo. Sin embargo, los dos aspectos mencionados del Sistema Interamericano distan mucho de parecerse a la situación en el contexto de Europa.⁸³

c) Creación de un tribunal permanente

Otra propuesta que se ha levantado, aunque nunca ha llegado a formalizarse como tal por medio de los órganos políticos de la OEA, es la de transformar la Corte Interamericana en un tribunal permanente.⁸⁴ Si bien el personal de la Corte que trabaja de manera permanente se ha ido incrementando con los años –aun cuando sigue siendo considerablemente menor en número que el de la Comisión-, los jueces carecen de tal carácter y, como antes se ha apuntado, se reúnen solo algunas veces cada año.

La concreción de una propuesta de esta naturaleza traería, desde luego, efectos positivos para el fortalecimiento de la protección de los derechos humanos en el sistema interamericano. Sin embargo, ella parece muy lejos de ser alcanzada, ya que desde hace largo tiempo que la OEA ni siquiera ha adoptado medidas para incrementar el presupuesto ordinario de la Corte, por lo que menos se divisa la posibilidad en el corto o mediano plazo de tomar la decisión de establecer un tribunal permanente, el cual, por cierto, implicaría costos mucho más altos que la actual Corte. En una resolución de la Asamblea General de 2007 se hace referencia a esta posibilidad –y a adoptar una

⁸³ En la misma línea, escribía Fabián Salvioli en la época en que se debatía esta propuesta: “la existencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es indispensable en el marco actual de la Organización de Estados Americanos. Conforme a lo anterior, no nos parece viable que en el Sistema Interamericano se produzca una transformación de los dos órganos de protección en uno solo, tal como se está operando en el seno del Consejo de Europa (...). Consúltese, Fabián Salvioli, *Los desafíos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*; en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, Vol. V, San José, 1996, pp. 227-265; la referencia es de pág.238.

⁸⁴ Véase al respecto, Manuel Ventura, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: camino hacia un tribunal permanente*; en: António Augusto Cancado Trindade y Manuel E. Ventura Robles, *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Corte Interamericana de Derechos Humanos/ACNUR, 2ª Edición Actualizada y Ampliada, San José de Costa Rica, 2004, pp.117-170.

iniciativa análoga respecto de la Comisión-, pero sin que se haya ido más allá del terreno meramente declarativo.⁸⁵

Respecto de esta materia, cabe tener presente que los roles que desempeñan la Corte y la Comisión no son en absoluto idénticos, ya que esta última posee una variedad mucho mayor de funciones, que poseen alcances semijudiciales y políticos. Esto ha llevado a algunas observaciones críticas acerca del establecimiento de comisionados permanentes.⁸⁶

d) Requisitos para formar parte de la Comisión y la Corte

Como explicara antes, la propuesta levantada a comienzos de los noventa en el sentido de aumentar significativamente el número de comisionados y establecer una distribución geográfica de los mismos no tuvo éxito, pero con el correr de los años se han formulado varias otras relativas a las características que deben reunir las personas que sean postuladas como candidatos para ser comisionados.

Una de dichas propuestas consistía en prohibir que postularan para comisionados personas que pertenezcan a una ONG. En la actualidad, la Convención Americana establece en su artículo 34 que los miembros de la CIDH “deberán ser personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos.” Si tales son los requisitos, no se advierte cómo se podría, sin violar la Convención, establecer una prohibición general de la naturaleza de la planteada, en circunstancias que muchos integrantes de organizaciones no-gubernamentales poseen esas características.

⁸⁵ En este sentido, se planteó “[e]l examen de la posibilidad de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos funcionen de manera permanente teniendo en cuenta, entre otros elementos, los criterios de dichos órganos.” (AG/RES. 2291 (XXXVII-O/07), Fortalecimiento de los Sistemas de Derechos Humanos en seguimiento de los mandatos derivados de las Cumbres de las Américas, 5 de junio de 2007, párrafo resolutivo 1 e).

⁸⁶ Así, por ejemplo, el ex comisionado Tom Farer ha señalado que “[l]as propuestas para hacer la membresía en la Comisión una labor de tiempo completo me parecen igualmente mal concebidas. (...) No es un trabajo con un sueldo y una pensión confortable al final. (...) Una Comisión de tiempo completo convertiría la membresía en un trabajo, a la par, quizás, con los tribunales nacionales de apelaciones en términos de prestigio y emolumentos. Ello apelaría mayormente a jueces, diplomáticos y académicos acercándose a (o ya habiendo alcanzado) la jubilación, hombres y mujeres que en su larga carrera hayan demostrado la suficiente deferencia como para obtener la nominación, hombres y mujeres que no estarían dispuestos, como conjunto, a ser aventureros. (...) Como mínimo, reduciría dramáticamente el ámbito de candidatos atractivos.” Farer, *The Future of the Inter-American Commission on Human Rights: Promotion versus Exposure* (cit), p.533.

Ahora bien, si lo que se pretendiera fuese la reforma de la Convención en tal sentido, ello sería inconsistente con la protección de los derechos humanos y establecería una práctica discriminatoria, ya que si lo que se teme es que las personas que hayan trabajado para ONGs carezcan de independencia, no menos podría señalarse de quienes hayan sido funcionarios de estatales. Más aún, mientras la práctica de las personas elegidas comisionados que han sido al tiempo de su elección integrantes de ONGs ha consistido en renunciar a su participación en dichas instituciones, lo cual es coherente con la imparcialidad e independencia requeridas para el cargo, no siempre ha ocurrido algo análogo cuando se ha tratado de personas electas como comisionados que ejercen funciones para el Gobierno de sus respectivos Estados.

Faúndez Ledesma critica el procedimiento de elección de los comisionados y de los jueces de la Corte Interamericana. Respecto de la elección de los primeros, observa que se trata de un procedimiento no transparente, en el que los Estados juegan un papel que “impide que se brinde la debida atención a los dos requisitos esenciales que deben reunir los integrantes de la Comisión, en cuanto a ser personas de alta autoridad moral y de reconocida competencia en materia de derechos humanos.”⁸⁷ Añade que la presencia o no de tales requisitos no debiera darse por supuesta, sino ser objeto de escrutinio.

Por lo que se refiere a la elección de los jueces, Faúndez Ledesma anota que “[a] diferencia del mecanismo de selección previsto en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, cuyos candidatos no son propuestos directamente por los Estados sino por ‘los grupos nacionales de la Corte Permanente de Arbitraje’, la Convención Americana sobre Derechos Humanos no ha contemplado la intervención de entes no estatales en la presentación de candidaturas.”⁸⁸ Entre tales entes podrían hallarse –agrega el autor– instituciones académicas y ONGs.⁸⁹

⁸⁷ Héctor Faúndez Ledesma, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, cit., pág. 143.

⁸⁸ *Idem*, pág. 170. Se han eliminado dos referencias a pie de página incluidas en el texto citado.

⁸⁹ También critican el proceso de elección de jueces y comisionados el ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Thomas Buergenthal y Douglass Cassell, observando que a pesar de los criterios existentes, ello no siempre se cumplen, y que la elección se realiza sobre la base de otros tipos de consideraciones. Véase, Thomas Buergenthal y Douglass Cassell, *The Future of the Inter-American Human Rights System*, en Juan E. Méndez y Francisco Cox, *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos* (cit.), pp.539-571, especialmente pp.544-545.

En este orden de cosas, CEJIL ha formulado algunas observaciones. En primer término, ha llamado la atención sobre la necesidad de que existan procesos justos, transparentes y participativos para la elección de los comisionados, de manera de asegurarse en la mayor medida posible de que ellos “cuenten con las calidades requeridas por el marco normativo actual, en particular, la reconocida competencia en el área de los derechos humanos y la autoridad moral para el ejercicio del cargo.”⁹⁰ Para tales efectos, la ONG mencionada efectúa dos planteamientos. El primero de ellos consiste en “asegurar que los dichos órganos [la Comisión y la Corte] incluyan la participación en paridad de las mujeres y la representación de grupos en situación vulnerable y/o históricamente menos representados. También sería importante que, al evaluar el conocimiento y especialidad de los/as candidatos/as, se tenga en cuenta que complementen aquellas ya existentes en los miembros del cuerpo colegiado o rescaten algunos de los temas considerados como prioritarios para la tutela de derechos para la región.” El segundo planteamiento se refiere a “garantizar que los procesos de selección a nivel nacional sean transparentes y participativos, [para lo cual] es importante que se considere la convocatoria pública de candidatos/as que cumplan con los requisitos establecidos en la Convención Americana. Un paso adicional –señala el documento de CEJIL– consistiría en conceder un mecanismo y un plazo para que la sociedad civil pueda proponer o manifestarse sobre los/as candidatos/as que respondieron al llamado de convocatoria.”⁹¹

Por su parte, Judith Schönsteiner llama la atención sobre el hecho de que “en la actualidad no existe un mecanismo que de manera formal y sistemática revise los méritos y experticia de los candidatos/as.”⁹² La autora describe cómo se han dado varios pasos en esta dirección, primero al disponerse por la Asamblea General en 2005 que los currículum vital de los candidatos deberían ser publicados en el sitio web de la OEA y al año siguiente añadiéndose la exigencia de que dicha publicación sería anunciada por medio de un comunicado de prensa. No obstante, Judith Schönsteiner observa que este

⁹⁰ CEJIL, *Aportes para la reflexión sobre posibles reformas al funcionamiento de la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Documento de Coyuntura N°5, Buenos Aires, 2008, pág.18. Véase también, CEJIL, *Aportes para la selección de miembros de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos*, Documento de Coyuntura N°1, San José, 2005.

⁹¹ Ídem.

⁹² Judith Schönsteiner, *Alternative appointment procedures for the commissioners and judges in Inter-American System of Human Rights*; en: *Revista IIDH* N°46, Junio-Diciembre 2007, pp.195-215; la cita es de pág. 200 (la traducción es mía).

mecanismo no asegura un escrutinio de todos los candidatos, especialmente cuando ellos provienen de países en los que la sociedad civil no se encuentra suficientemente organizada.

La autora mencionada realiza una revisión de los mecanismos de revisión de los méritos de los candidatos a diversos órganos semijudiciales internacionales de derechos humanos así como a tribunales internacionales en la materia. Respecto de los organismos semijudiciales de la ONU se encuentra frente a una situación análoga a la de la Comisión Interamericana, en términos de requisitos (con el añadido de la representación geográfica) y de falta de mecanismos de escrutinio significativos.⁹³ En cuanto a la Corte Penal Internacional, observa que su Estatuto permite la creación de un Comité Consultivo para revisar las calificaciones de los postulantes a jueces, pero que dicho órgano no ha sido puesto en marcha. Especial atención le merece a Schönsteiner la situación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en particular por el rol que le cabe a un Subcomité dependiente del Comité de Asuntos Legales y Derechos Humanos que revisa los currículum vital y entrevista a los candidatos previo a la votación.⁹⁴

La autora, además de propugnar por el establecimiento en el Sistema Interamericano de un organismo con funciones similares al del Subcomité mencionado que opera en el marco del Sistema Europeo, plantea la propuesta de que la sociedad civil desempeñe un papel más importante -hasta la fecha se ha limitado a realizar labores de cabildeo- respecto del proceso de nominación de los candidatos, mediante la creación de mecanismos a nivel interno de los Estados que favorezcan la participación de las ONGs, así como formando parte del referido Comité. Schönsteiner sostiene que la composición del Comité debería ser de tres tercios: uno de representantes estatales, otro de representantes de la sociedad civil y un tercero de ex integrantes de la Comisión y/o la Corte Interamericana (según se estableciera uno o dos comités para estos efectos).⁹⁵

⁹³ *Ídem*, pp.205-207.

⁹⁴ *Ídem*, p.210.

⁹⁵ *Ídem*, p.212.

Más allá de lo novedoso de la propuesta, el último aspecto mencionado de ella – la composición tripartita- parece impracticable por ahora en una organización como la OEA que sólo en años recientes se ha abierto a una participación de la sociedad civil en los órganos políticos. En cambio, pareciera ser más viable comenzar por debatir la posibilidad de constituir un organismo con características análogas al que existe en el Sistema Europeo de Derechos Humanos. Asimismo, como parte de una evolución paulatina, los Estados podrían ir estableciendo de *motu proprio* mecanismos internos que aseguren una mayor transparencia, escrutinio público y participación en la materia.

e) La autonomía funcional de la Comisión

Un elemento clave para el rápido fortalecimiento de la Comisión fue la calidad de expertos independientes que sus miembros poseen desde que dicho órgano fuera creado. Esto permitió que la CIDH desarrollara un trabajo significativo incluso en el contextote regímenes autoritarios en el que debió realizar sus labores durante un largo periodo. Es en este sentido que usualmente se habla de autonomía e independencia de la Comisión. Sin embargo, los comisionados no efectúan sus labores por sí solos y, de hecho, al no trabajar de manera permanente para la Comisión, es muy relevante que cuenten con un apoyo técnico de los integrantes de la Secretaría Ejecutiva.

Ahora bien, a pesar de que los comisionados operan de manera independiente en sus labores relacionadas con la Comisión, el personal administrativo de esta continúa dependiendo, desde el punto de vista jurídico, de la Secretaría General de la OEA. Esto significa que es el Secretario General quien designa a los funcionarios de la Comisión, incluyendo no solo a sus abogados sino también al Secretario Ejecutivo de la misma. Como es obvio, esto limita a la CIDH, que no puede seleccionar a su personal conforme a sus propios criterios y prioridades. El problema es aun más patente si se considera que los comisionados no ejercen sus labores a tiempo completo, sino que sesionan durante algunas semanas en algunos momentos de cada año. Por lo mismo, el personal de la Comisión es clave para el desarrollo cotidiano de sus actividades.

Históricamente se había recurrido a diversas fórmulas para el reemplazo de los funcionarios. Como éstos, en rigor, son empleados de la OEA, a veces (mediante una decisión del Secretario General de la organización, claro está) se recurría a su traslado a

otros departamentos de la OEA, e incluso al “enroque” de funcionarios de la Comisión por otros que se desempeñaban en otras secciones de la OEA.⁹⁶ En la primera mitad de la década de los noventa este asunto hizo crisis. Los comisionados consideraron necesario reemplazar a la Secretaria Ejecutiva de la época.⁹⁷ Como la decisión no dependía de ellos, pusieron su intención en conocimiento del Secretario General de la OEA. Durante varios meses se vivió una situación completamente anómala y perjudicial para el Sistema, en que la Secretaria Ejecutiva no contaba con la confianza de sus superiores inmediatos pero seguía ejerciendo sus funciones. Uno de los miembros de la Comisión, el Profesor Michael Reisman, incluso renunció por este motivo.⁹⁸ Finalmente, el Secretario General de la OEA (por ese entonces César Gaviria) accedió a la petición de la Comisión y dispuso el reemplazo de la Secretaria Ejecutiva. Así, la “impasse” puntual fue solucionada, pero sin que las reglas que regulan esta materia fueran modificadas.

El cambio en la práctica se ha extendido además a la selección del resto del personal de la Secretaría Ejecutiva. Normalmente dicho personal es escogido luego de un llamado a concurso público realizado por la CIDH. Una vez que la Comisión escoge a la persona, su nombramiento es ratificado por el Secretario General de la OEA. Así ha ocurrido tanto bajo el mandato de César Gaviria como Secretario General de la OEA, quienes no han impugnado a las personas seleccionadas por la Comisión.

No obstante, no puede pasarse por alto que durante su breve mandato como Secretario General de la OEA, en 2004, Miguel Ángel Rodríguez procedió a remover de su cargo al entonces Relator Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH⁹⁹ y según todas las indicaciones procedería a hacer lo mismo con el Secretario Ejecutivo de esta. Dicho plan se vio abortado por la persecución penal seguida en contra suya por delitos de corrupción en Costa Rica, su país de origen, lo que condujo a que debiera

⁹⁶ Buergenthal y Cassell escribían por la época en que imperaban esas prácticas, que “el personal de la Comisión es escogido por el Secretario General de la OEA mediante un proceso aun menos transparente [que el de la elección de jueces y comisionados], en ocasiones cargando a la Comisión con personal cuyo trabajo no contribuye a la eficiencia de esta.” Thomas Buergenthal y Douglass Cassell, *The Future of the Inter-American Human Rights System (cit.)*, pág.545.

⁹⁷ Se trataba de la Dra. Edith Márquez.

⁹⁸ Consúltese, Felipe González, Diego Rodríguez y Katya Salazar, Derechos Humanos y Organización de Estados Americanos 1995-1996, en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas* N°56, pp.25-39.

⁹⁹ Se trataba de Eduardo Bertoni, quien después fue restituido en su cargo.

dejar el cargo de Secretario General en octubre de 2004, un mes después de haberlo asumido. Lo que ocurre es que en términos jurídicos la Comisión carece hasta la actualidad de autonomía para designar a su personal. La modificación se ha producido únicamente en la práctica, pero podría ser revertida.

En varias resoluciones de la Asamblea General en los últimos años se ha hecho referencia a la autonomía de la CIDH. Así, en la Asamblea celebrada en 2007 se señala en un considerando de una resolución que “el fortalecimiento de la autonomía de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el marco de lo dispuesto en la Carta de la OEA, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Estatuto y el Reglamento de la CIDH, contribuirá al perfeccionamiento del sistema interamericano de derechos humanos”¹⁰⁰; en tanto que en las resoluciones sobre el Informe Anual de la Comisión adoptadas en las asambleas de los años 2008, 2009 y 2010, además de reiterarse lo anterior, se hace referencia a la independencia y autonomía de dicho órgano para considerar los puntos de vista de los Estados y la sociedad civil sobre diversas materias.¹⁰¹

Se ha tratado, sin embargo, de pronunciamientos de carácter general, sin que haya habido una propuesta concreta para modificar el status jurídico de la Comisión al respecto, de manera de consagrar su autonomía funcional, incluyendo el dotar de facultades a los comisionados para que nombren al personal de la Secretaría Ejecutiva de la CIDH.

En la medida en que dicha autonomía funcional no se consagre jurídicamente, la situación continuará siendo precaria, ya que no existe ningún obstáculo legal para que la práctica de los últimos años pueda ser revertida –como quedó demostrado durante el breve período de Miguel Ángel Rodríguez como Secretario General–, volviéndose al estado de cosas previo.

¹⁰⁰ AG/RES. 2291 (XXXVII-O/07), Fortalecimiento de los Sistemas de Derechos Humanos en seguimiento de los mandatos derivados de las Cumbres de las Américas, 5 de junio de 2007.

¹⁰¹ Véase, AG/RES. 2409 (XXXVIII-O/08), Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 3 de junio de 2008, párrafo 10; AG/RES. 2522 (XXXIX-O/09), Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 4 de junio de 2009, párrafo 10; AG/RES. 2601 (XL-O/10), Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 8 de junio de 2010, párrafo 10.

f) Aspectos Presupuestarios

La situación presupuestaria de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos siempre ha sido precaria y ha tendido a agravarse con el tiempo debido al fuerte incremento de su carga de trabajo. A pesar de que en el discurso público de los órganos políticos de la OEA se los suele invocar como uno de los aspectos más importantes de la organización, sus presupuestos regulares no se condicen en absoluto con esa afirmación. Tanto es así que desde hace varios años ambos organismos de derechos humanos descansan en buena parte en apoyos financieros adicionales, que a su vez en una medida importante corresponden a contribuciones realizadas por Estados o instituciones que no pertenecen a la OEA.

Tomados en su conjunto, los presupuestos regulares de la Comisión y la Corte durante la primera década del siglo XXI representaron apenas algo más de un 5% del Presupuesto total de la OEA. De ese porcentaje, alrededor de dos tercios corresponden a la Comisión (debido a la mayor cantidad de funciones que debe llevar a cabo) y un tercio a la Corte. En 2010, el total sumado de ambos órganos fue de un 6,7% del total del Presupuesto de la OEA, que expresado en dólares de Estados Unidos correspondieron a \$4.509.660 en el caso de la Comisión (4,69%) y a \$1.998.100 (2,08%) en lo referido a la Corte.¹⁰²

Estos recursos se ven incrementados por contribuciones extraordinarias que efectúan algunos Estados Miembros de la OEA, así como por Estados de Europa y Asia, por la Unión Europea y por fundaciones privadas, que representan alrededor de la mitad del total de los recursos financieros de los órganos de derechos humanos del Sistema Interamericano. Por ejemplo, en 2009, ellos correspondieron a un 53% del total de recursos de la Comisión y en 2010 a un 45%.¹⁰³ En cuanto a la Corte, en 2010 las contribuciones extraordinarias representaron un 47% del total de sus recursos

¹⁰² Síntesis del Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos correspondiente al ejercicio de 2010, que se presenta a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la Organización de Estados Americanos, 17 de marzo de 2011, pág.25. <http://sem.oas.org/pdfs/2011/CP25951T-IV.pdf>.

¹⁰³ Información tomada de los informes anuales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2009 y 2010.

disponibles.¹⁰⁴ Se llega al extremo de que la gran mayoría de las publicaciones de la Corte Interamericana ha sido efectuada con cargo a contribuciones europeas.

El grueso de los recursos extraordinarios está destinado a proyectos específicos (como, por ejemplo, para que las Relatorías Temáticas de la Comisión lleven a cabo algunas actividades). Si bien esto permite, como es evidente, que los órganos de derechos humanos del Sistema Interamericano fortalezcan en alguna medida su trabajo, a menudo no permite que las labores centrales de tales órganos –como la tramitación de casos- sean adecuadamente financiadas, lo cual, en lo que se refiere a la Comisión, es causa principal de su notorio atraso procesal.

A pesar de los reiterados llamamientos de la Comisión y la Corte para que la OEA incremente de manera sustancial sus recursos no ha habido cambios al respecto ni hay visos de que ello vaya a ocurrir en el futuro próximo. También se están llevando a cabo esfuerzos por tales órganos para que los Estados e instituciones que efectúan contribuciones extraordinarias lo hagan preferentemente para financiar su funcionamiento ordinario (“core funding”) por sobre el apoyo proyectos específicos.

4. PROPUESTAS SOBRE ASPECTOS PROCESALES

El ámbito en el que se ha formulado el mayor número de propuestas –muchas de ellas muy específicas- es el referido a la tramitación de casos ante la Comisión y la Corte. Por ello, en este apartado sólo enunciaremos algunas líneas y tendencias generales al respecto, dejando un análisis más detallado para los capítulos siguientes.

Como señaláramos en el capítulo I, en el contexto de una fuerte presencia de regímenes autoritarios en la región, la tramitación de las denuncias por parte de la Comisión era llevada con relativa informalidad, dada la escasa participación de los Estados en la litigación y al impacto menor que poseía el sistema de casos comparado con los Informes sobre Países y las visitas *in loco*. Por lo que se refiere a la Corte, ella había conocido de muy pocos casos contenciosos durante la década de los ochenta y aún

¹⁰⁴ Síntesis del Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos correspondiente al ejercicio de 2010, cit., pág.24.

no había desarrollado a cabalidad una serie de aspectos relativos a la tramitación de casos. Cabe notar que como la Convención Americana sólo regula de manera general la tramitación de casos ante la Comisión y la Corte, queda entregada a estas la regulación más específica, la que se ha dado tanto por medio del desarrollo de ciertas prácticas por ambos órganos como por sucesivas reformas de sus Reglamentos.

Todo esto cambia en el nuevo contexto, especialmente a partir de mediados de la década de los noventa, en un proceso de transformaciones que continúa hasta la fecha, como queda de manifiesto con los nuevos Reglamentos adoptados por la Comisión y la Corte en 2009 y 2010, respectivamente. En términos generales, la Comisión institucionalizó en mucho mayor medida que en el pasado la tramitación de los casos, lo cual se ha manifestado, entre otros aspectos, en establecer etapas diferenciadas de admisibilidad y de fondo, en hacer exigible la exigencia del agotamiento de los recursos internos, en desarrollar la llamada doctrina de la “cuarta instancia”, en poner en práctica la búsqueda de soluciones amistosas, en dar un tratamiento más formal a la rendición de prueba, en crear un sistema de seguimiento de sus Informes de Fondo, en establecer criterios para la remisión de casos a la Corte, etc.¹⁰⁵

En cuanto a la Corte, ella ha modificado significativamente el papel que desempeñan las víctimas en la litigación de casos; reformuló, luego de un proceso de diálogo con la Comisión, el rol que esta juega en materia contenciosa; fusionó por regla general excepciones preliminares, fondo y reparaciones; y adoptó otras modificaciones específicas en los procesos que se ventilan ante ella.¹⁰⁶

Por regla general vinculado al sistema de casos, a partir de los años noventa se fortalece además el sistema de medidas urgentes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (cautelares en la Comisión y provisionales en la Corte), desarrollándose una serie de prácticas actualmente recogidas en las disposiciones reglamentarias de ambos órganos.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Todos estos aspectos se revisan en el Capítulo III.

¹⁰⁶ Véase el Capítulo IV.

¹⁰⁷ Esta materia se trata en el Capítulo V.

A lo largo de las dos últimas décadas numerosos Estados y organizaciones de la sociedad civil han formulado propuestas de cambios de naturaleza procesal. Esto ha dado lugar a muchos debates, algunos de los cuales se han desarrollado en los órganos políticos de la OEA y otros en diversos ámbitos (al interior de los Estados, en el ámbito académico y no-gubernamental).

En varios momentos durante este período pareció que se recurriría a reformas de la Convención Americana –ya fuera incorporando modificaciones a su texto o mediante la adopción de Protocolos Adicionales referidos a aspectos de carácter procesal- para llevar a cabo transformaciones en el sistema de casos. Esta vía, sin embargo, envolvía serios riesgos, ya que podía prestarse para retrocesos en el Sistema Interamericano. De allí que los Estados que procuraban fortalecer los órganos interamericanos de derechos humanos, así como la sociedad civil en general se opusieran a seguirla.

Los cambios más significativos serían llevados a cabo en definitiva por los propios órganos de derechos humanos. De manera especial –aunque no exclusiva- ello ha tenido lugar mediante la adopción de sucesivos reglamentos por la Comisión y la Corte. Ambos órganos emitieron nuevos reglamentos que entraron en vigor en 2001¹⁰⁸ y volverían a hacerlo en 2009 (la Comisión)¹⁰⁹ y 2010 (la Corte).¹¹⁰ Estos últimos reglamentos son los que se encuentran vigentes hasta la fecha. Como hemos apuntado, las disposiciones reglamentarias son fundamentales para el funcionamiento de estos organismos, puesto que dada la generalidad con que la Convención Americana sobre Derechos Humanos regula sus funciones, los reglamentos vienen a llenar muchos aspectos no cubiertos de forma explícita por el Pacto de San José de Costa Rica. En ocasiones, aspectos no regulados de manera expresa comenzaron a ser tratados en la práctica de manera distinta a la histórica, aunque casi invariablemente tales cambios fueron luego también incorporados en las disposiciones reglamentarias.

¹⁰⁸ El Reglamento de la Comisión fue aprobado en su período de sesiones celebrado del 4 al 8 de diciembre de 2000 y entró en vigor el 1 de mayo de 2001. El Reglamento de la Corte fue adoptado en su período de sesiones del 16 al 25 de noviembre de 2000, entrando en vigencia el 1º de junio de 2001.

¹⁰⁹ El Reglamento de la Comisión fue aprobado por esta en su 137º período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009 y entró en vigor el 31 de diciembre de 2009.

¹¹⁰ El Reglamento de la Corte fue adoptado por ella en su LXXV período ordinario de sesiones que tuvo lugar del 16 al 28 de noviembre de 2009 y entró en vigencia el 1º de enero de 2010.

Aunque adoptadas de manera casi simultánea, lo cierto es que las modificaciones reglamentarias de 2001 no fueron emprendidas de manera coordinada entre los dos órganos del sistema interamericano de derechos humanos, reflejando una cierta diferencia de perspectivas que existía entre la Comisión y la Corte por esa época.

Durante la primera década del siglo XXI la relación entre los órganos políticos de la OEA y los órganos de derechos humanos experimentó una mejoría. Si bien, como ha sido la constante históricamente en dicha relación, algunos Estados desarrollaron una política descalificatoria de estos últimos órganos,¹¹¹ ellos claramente han constituido una minoría, sin impactar la actitud general de los órganos políticos. Con distintos grados según los países, la tendencia ha gravitado hacia el apoyo, traducándose en una serie de resoluciones, incluyendo una serie que señalan la necesidad de que los Estados cumplan con las decisiones de ambos órganos.¹¹² Por cierto, ello es sin perjuicio de que en materia de dotación de recursos financieros se haya mantenido la precaria situación al respecto de los órganos de derechos humanos y de que el cumplimiento efectivo de las resoluciones de éstos haya mejorado sólo de manera muy paulatina.

Este contexto se reflejó también en los procesos de adopción de nuevos reglamentos por parte de la Comisión y la Corte, los que entraron en vigor a fines de 2009 y principios de 2010.¹¹³ Este proceso de reformas se desarrolló de manera diferente al de diez años antes. En efecto, por una parte, la Comisión y la Corte actuaron de manera coordinada para emprender tales transformaciones, reuniéndose de manera periódica para tales efectos, intercambiando documentos sobre el estado de las reformas y acordando su adopción en fechas prácticamente simultáneas. Todo ello es sin duda

¹¹¹ Así, por ejemplo, en los últimos años, en las resoluciones de la Asamblea General de la OEA sobre la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Nicaragua y Venezuela han incorporado notas a pie que atacan a la CIDH. Véase, AG/RES. 2522 (XXXIX-O/09), Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 4 de junio de 2009; AG/RES. 2601 (XL-O/10), Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 8 de junio de 2010. Asimismo, Venezuela ha difundido ataques a la Corte Interamericana, por medio de videos y de la difusión de grabaciones de sesiones privadas de la Corte obtenidas subrepticamente.

¹¹² AG/RES 2409(XXXVIII-O/08), Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 3 de junio 2008; AG/RES. 2522 (XXXIX-O/09), Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 4 de junio de 2009; AG/RES. 2601 (XL-O/10), Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 8 de junio de 2010.

¹¹³ El Reglamento de la Corte fue adoptado por ella en su LXXV período ordinario de sesiones que tuvo lugar del 16 al 28 de noviembre de 2009 y entró en vigencia el 1º de enero de 2010.

muy relevante tanto por el impacto que ello tiene para el adecuado funcionamiento de ambos órganos como por el hecho de que el nuevo Reglamento de la Corte introduce reformas significativas al papel que la Comisión desempeña en los casos contenciosos ante el tribunal, por lo que resultaba importante que el tribunal tuviera en consideración los planteamiento de la Comisión al respecto.

Por otra parte, se trató de un proceso mucho más participativo que el anterior, tanto desde el punto de la sociedad civil como de los Estados. Durante varios años, y de manera transparente y abierta, formularon sus planteamientos acerca de las reformas, para lo cual efectuaron reuniones de trabajo y sometieron una serie de documentos a consideración de los órganos de derechos humanos del sistema interamericano.¹¹⁴ En la etapa final de la elaboración de las reformas la Comisión y la Corte efectuaron consultas amplias, abiertas a la participación de todos los interesados, lo que en el caso del primero de vitales organismos incluyó el colgar un anteproyecto de reforma en su sitio web para recibir observaciones al mismo.

De cualquier modo, fueron la Comisión y la Corte las que determinaron en definitiva cuáles serían y en qué consistirían las reformas a ser emprendidas, lo cual es relevante para asegurar un adecuado funcionamiento de estos órganos, así como el carácter técnico y no político de las modificaciones.

¹¹⁴ El detalle de los planteamientos realizados se expone a propósito de las reformas específicas a lo largo del presente capítulo.

CAPÍTULO III: CAMBIOS EN LA TRAMITACIÓN DE CASOS EN LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1. INTRODUCCIÓN

Como hemos apuntado, la Comisión Interamericana es competente para recibir y procesar denuncias sobre casos específicos en los cuales se alegan violaciones a los derechos humanos formuladas por cualquier persona, grupos de personas u organizaciones no gubernamentales (ONGs) reconocidas por cualquier Estado miembro de la Organización de Estados Americanos OEA.¹¹⁵ También puede interponer un denuncia un Estado contra otro, pero ello sólo ha ocurrido en dos oportunidades, la primera de ellas en 2006 cuando Nicaragua presentó una denuncia en contra de Costa Rica¹¹⁶ y la segunda mediante la interposición de una denuncia por Ecuador en contra de Colombia en 2009.¹¹⁷

Con la presentación de una denuncia, la Comisión puede dar inicio a un proceso semijudicial de investigación. En esta tarea, la Comisión tiene también el rol de procurar que se alcance una solución amistosa entre los denunciantes y los representantes del estado en términos acordes con el marco normativo del Derecho Internacional y evitar así acudir a la Corte Interamericana. Sólo en el caso de no alcanzarse un acuerdo amistoso entre las partes y de que existan elementos suficientes para concluir que el estado en cuestión vulneró derechos reconocidos en la Convención Americana, la Comisión procederá a decidir el fondo del caso y eventualmente enviarlo a la Corte. La Comisión será un primer filtro que asegura que sólo lleguen denuncias fundadas a la Corte y sobre las que las partes no han logrado un acuerdo.

Un punto importante que refleja las características sociales y políticas de la región es que las denuncias, de acuerdo al artículo 44 de la Convención Americana, pueden ser presentadas por cualquier persona u ONGs, es decir, la petición no está

¹¹⁵ Artículos 44 al 51 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

¹¹⁶ Dicha denuncia fue declarada inadmisible por la Comisión, al considerarla manifiestamente infundada. Véase, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N°11/07, Caso Interestatal 01/06, Nicaragua c. Costa Rica, 8 de marzo de 2007.

¹¹⁷ Petición Interestatal P-02, Franklin Guillermo Aisalla Molina (Ecuador-Colombia), la que fue declarada admisible por la Comisión en su Informe 112/10, de 21 de octubre de 2010.

limitada a la víctima ni será necesario contar con su consentimiento. En este sentido, las víctimas de violaciones de derechos humanos no son las únicas legitimadas para instar a la Comisión, pudiendo hacerlo terceras personas e incluso instituciones.

Hay que tener en cuenta que un gran número de denuncias han estado relacionadas a desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, masacres y torturas, por lo que con buen criterio se acepta que ellas puedan ser presentadas por familiares, así como organizaciones de defensa de derechos humanos.¹¹⁸ Asimismo, en el sistema interamericano sólo recientemente comenzó a establecerse un servicio de asesoría o patrocinio jurídico gratuito para las víctimas,¹¹⁹ por lo que el rol de las organizaciones de defensa y promoción de derechos humanos en la región ha sido fundamental.

La tramitación de las peticiones individuales por la Comisión sigue un procedimiento que se divide en tres grandes etapas: la de trámite inicial y procedimiento de admisibilidad, la de tramitación en el fondo y la decisión sobre el fondo y eventual sometimiento del caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2. TRÁMITES INICIALES DEL PROCEDIMIENTO EN LA COMISIÓN

Se trata de un aspecto de relevancia que ha experimentado cambios importantes en el período en análisis. Históricamente, en el contexto de dictaduras que cometían violaciones masivas y sistemáticas y en el que a menudo los peticionarios carecían de métodos para dar un seguimiento efectivo a las denuncias, la Comisión en ocasiones dejaba pasar un largo período sin abrir formalmente un caso. Esto no significaba que la Comisión no realizara algunas gestiones, como comunicarle al estado la denuncia o pedir más información a los peticionarios, pero todo ello se hacía en un marco de informalidad e indefinición, sin reglas claras, ya que la Convención no se refiere a esta posibilidad.

¹¹⁸ A diferencia de la práctica en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, ya que el Convenio Europeo de Derechos Humanos en su artículo 25.1 establece que las denuncias han de ser formuladas por aquellas personas físicas, Organizaciones No Gubernamentales o grupos de particulares que se consideren víctimas de una violación de sus derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Se formula un concepto de víctima restringido en el sentido de que sólo podrán presentar denuncias las consideradas víctimas directas.

¹¹⁹ Esto se analiza en el capítulo IV, numeral 6 de este trabajo.

Esta práctica comenzó a ser criticada con más vigor en los noventa, especialmente por los peticionarios, que veían en ella una vulneración de la Convención que los ponía en desventaja frente a los denunciados (los Estados). Se le hacía ver entonces a la Comisión que el hecho de abrir un caso en modo alguno suponía un pronunciamiento anticipado sobre la admisibilidad del mismo. Una cosa era la apertura y asignación de un número al caso, lo que debía ser automático e inmediato, y otra completamente distinta el pronunciamiento de la Comisión sobre su admisibilidad, el que podía ser favorable o desfavorable para los peticionarios. En este período la Comisión empieza a disminuir el uso de esta práctica, aunque todavía seguía empleándola con cierta frecuencia. Un ex Presidente de la CIDH ha señalado que, al momento de asumir dicho cargo, “[l]a Comisión no tenía un registro de peticiones en el pasado. Como Presidente de la CIDH solicité al Embajador Taiana, Secretario Ejecutivo, iniciar dicho registro.”¹²⁰ Esto ocurrió en la segunda mitad de los noventa y marca un punto de inflexión en la materia.

En esta nueva dirección, sucesivas reformas al Reglamento de la Comisión han transformado sustancialmente la práctica en la materia. Dichas regulaciones establecen actualmente que una vez recibida una petición la Secretaría Ejecutiva "dará entrada a la petición, la registrará, hará constar en ella la fecha de recepción y acusará recibo al peticionario." ¹²¹ La Secretaría llevará a cabo la revisión inicial de la denuncia, verificando si reúne los requisitos exigidos por el artículo 28 del Reglamento de la Comisión. Si no los reúne, podrá solicitar al peticionario que complete los requisitos.¹²² Si éste no cumpliera con la solicitud, la Comisión procederá a archivar la denuncia.

Cabe agregar que en el año 2007 se estableció al interior de la Secretaría Ejecutiva de la Comisión un Grupo de Registro, encargado de procesar la tramitación de las denuncias en esta etapa inicial. Mediante esta iniciativa se ha pretendido acelerar y sistematizar dicha tramitación, considerando el importante rezago de denuncias existentes en la Comisión. Por lo que se refiere a la sistematización de dicha labor, el concentrarla en un equipo especializado la favorece, contrastando con la práctica previa,

¹²⁰ Claudio Grossman, Palabras del Presidente de la CIDH, Decano Claudio Grossman, en la Inauguración del 95º Período Ordinario de Sesiones de la CIDH (cit.), página 156.

¹²¹ Art. 29.1.a) del Reglamento de la Comisión.

¹²² Artículo 29.1.b) del Reglamento la Comisión.

conforme a la cual dicha tarea recaía en los “escritorios de países”, es decir, en los abogados/as del personal de la Secretaría encargados de dar seguimiento a los asuntos de los Estados respecto de los cuales la CIDH posee competencia. La distribución por “escritorios de países” producía asimetrías de importancia en la velocidad de la tramitación de las denuncias en esta fase inicial.

Además, de acuerdo a un cambio incorporado en 2008, una vez que la denuncia supera la etapa inicial ella no es trasladada a un “escritorio de país” sino a un Grupo Regional al interior de la Secretaría Ejecutiva.¹²³ Con esto también se persigue racionalizar el trabajo y evitar las mencionadas asimetrías. Como se señala en el Informe Anual correspondiente al año 2008, “[t]radicionalmente, la unidad funcional básica de la Secretaría era el escritorio de país y los oficiales responsables estaban encargados de la tramitación de asuntos, atención a medidas cautelares, correspondencia, análisis de peticiones, preparación de informes de admisibilidad y fondo, seguimiento en la etapa de solución amistosa o atención al seguimiento de recomendaciones y litigio de casos y medidas provisionales ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Adicionalmente, los especialistas responsables de los escritorios de país también tenían a cargo tareas de promoción y observación realizadas en los respectivos países, incluyendo la preparación y participación de visitas *in loco* y la preparación de informes de país.”¹²⁴ Añade el Informe Anual 2008 que “[l]a premisa tras la consolidación de unidades funcionales es que la especialización promueve aumentos en la productividad y que es posible maximizar el potencial de producción de informes de admisibilidad y fondo a través de la asignación de estas funciones a equipos de trabajo (Secciones), definidas con un criterio geográfico. Así, cada equipo de trabajo tiene aproximadamente la misma carga de trabajo. Asimismo, a la ventaja indudable que implica tener el conocimiento sobre un país o región, se le suma la ventaja de que dentro de cada grupo de trabajo se dividirán las tareas en base a la etapa procesal, ya sea admisibilidad o fondo, en que se encuentren los casos.”¹²⁵

¹²³ Existen en la actualidad cinco grupos regionales en la Secretaría Ejecutiva de la Comisión: Región Andina I (Bolivia y Perú); Región Andina II (Colombia, Ecuador y Venezuela); Cono Sur (Argentina, Chile, Paraguay y Uruguay); Mesoamérica y Caribe hispanoparlante; y países de habla francesa, inglesa y portuguesa.

¹²⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 2008, Capítulo II, párrafo 146.

¹²⁵ Ídem, párrafo 147.

Un aspecto no completamente esclarecido es el de la nomenclatura utilizada por el Reglamento, el cual establece que sólo se tendrá por configurado un caso una vez que la Comisión haya emitido una declaración de admisibilidad de una denuncia. Así, se indica que "con ocasión de la adopción del informe de admisibilidad, la petición será registrada como caso".¹²⁶ De modo que si bien el nuevo Reglamento se encarga de formalizar esta etapa previa, mantiene en este aspecto una nomenclatura que denota cierta ambigüedad.

La CIDH, luego de determinar que la denuncia reúne los elementos para darle tramitación, notificará al Estado al respecto. El Estado deberá presentar sus alegatos dentro del plazo de dos meses contados desde la fecha de transmisión de la petición. Sólo de manera excepcional la Comisión evaluará una solicitud de prórroga de dicho plazo que esté debidamente fundada y que no exceda de tres meses contados a partir de la fecha del envío de la primera solicitud de información al Estado.¹²⁷

La Comisión trasladará la respuesta del Estado al peticionario y verificará si subsisten los motivos que fundamentan la petición. En caso de que considere que han cesado dichos motivos podrá archivar la petición y notificar a las partes de esta decisión. En caso contrario la CIDH preparará un informe de admisibilidad. Hay que señalar que la Comisión puede solicitar información adicional por escrito o mediante el desarrollo de una audiencia de admisibilidad – aunque esto último es poco común en la actualidad- antes de preparar el referido informe.¹²⁸

3. EL AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS

Otro aspecto relevante en la evolución en el tratamiento de las cuestiones de admisibilidad por la Comisión es la que ha tenido lugar en lo que concierne a la aplicación de la regla del agotamiento de los recursos internos. La exigencia de agotar los recursos internos es un requisito de admisibilidad habitual en los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos que establecen un procedimiento o mecanismo contencioso de protección de tales derechos. Esta regla se basa en la

¹²⁶ Art. 36.2 del Reglamento de la Comisión.

¹²⁷ Artículo 30.3 del Reglamento de la Comisión.

¹²⁸ Artículo 30.5 del Reglamento de la Comisión.

concepción de la protección internacional de los derechos humanos como subsidiaria de la jurisdicción interna de los Estados en los supuestos en que existe una indefensión frente al Estado que menoscaba o viola tales derechos. Esto es coherente con el objetivo de los instrumentos internacionales de derechos humanos de fortalecer los mecanismos de protección en el derecho interno de los Estados, los cuales poseen el deber de establecer los recursos internos idóneos para la protección de dichos derechos.

El requisito de agotar los recursos internos posee el carácter de regla general, sujeta a ciertas excepciones. Así, los artículos 46 de la Convención Americana y 31 y 32 del Reglamento de la Comisión establecen que el mismo no será exigido si no existe en el sistema interno un debido proceso legal para la protección de derechos que hayan sido violados, si no se ha permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna o se le ha impedido agotarlos, así como cuando exista un retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

Históricamente, dado que el grueso de las denuncias ante la Comisión se referían a violaciones masivas y sistemáticas, usualmente los recursos internos eran ineficaces para solucionar la violación, ya que el contexto de dictaduras conllevaba de suyo la presencia de problemas estructurales de falta de independencia de los sistemas judiciales para encarar casos de derechos humanos, hallándose ausentes elementos básicos de un debido proceso legal y existiendo a menudo fuertes presiones sobre los jueces y abogados en este tipo de casos. De esta manera la regla general de agotamiento de los recursos internos de general solo tenía el nombre de tal, ya que en la práctica de la Comisión regularmente se aplicaban las excepciones a dicha regla.¹²⁹

Con el advenimiento de las transiciones a la democracia la regla del agotamiento de los recursos internos adquiere, en la práctica, un vigor mucho mayor que en el pasado. Sin embargo, todavía existe una cifra no despreciable de casos en que se aplican las excepciones a ella. Esta evolución ha tenido lugar como consecuencia de que han decrecido las violaciones masivas y de que se han llevado a cabo reformas judiciales en numerosos países. En conexión con esta materia, es interesante observar cómo se ha

¹²⁹ La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece la regla general de agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna en el artículo 46.1.a) y las excepciones en el numeral 2 del mismo artículo.

diversificado la gama de problemas que analiza la Comisión en el marco de la noción de un debido proceso. En este sentido, se ha pasado del tratamiento de problemas de falta de un debido proceso en dictaduras a la revisión de un conjunto de temáticas, como, por ejemplo, el retardo judicial, la libertad provisional, el plazo razonable para juzgar, el acceso a la justicia, etc.¹³⁰

Uno de los aspectos referidos al agotamiento de los recursos internos que se ha clarificado en el Sistema Interamericano en los últimos años se refiere al momento en el cual ello debe haber ocurrido. Así, en la actualidad, para la Comisión y la Corte dicho momento es el de la expedición del pronunciamiento de la Comisión acerca de la admisibilidad de la denuncia. Como ha señalado el tribunal interamericano, “no debiera confundirse el recibo de una denuncia, que deriva del acto de un denunciante, con la admisión y tramitación de aquella, que se concreta en actos específicos de la propia Comisión, como lo es la resolución que admite la denuncia, en su caso, y la notificación al Estado acerca de ésta.”¹³¹

También se ha afinado la jurisprudencia en lo referido al tipo de recursos que deben ser agotados. Sobre este particular, como observa Faúndez Ledesma, “[a] diferencia del Derecho Internacional clásico, que admite que los recursos a agotar pueden ser administrativos, arbitrales o judiciales, en el sistema interamericano los recursos que hay que agotar son solamente los de la *jurisdicción interna*”, quedando excluidos de la exigencia de agotamiento los de carácter administrativo o político.¹³² Sin embargo, para ciertas hipótesis, la jurisprudencia interamericana ha establecido que corresponde agotar los que denomina “recursos administrativos” cuando ellos sean

¹³⁰ Véanse, entre muchos otros, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 12/96, Caso 11.245, Jorge Alberto Giménez (Argentina) , 1º de marzo de 1996; Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y Otros*, sentencia de 30 de mayo de 1999; Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne*, sentencia de 22 de noviembre de 2005; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 86/09, Caso 12.553, Jorge, José y Dante Peirano (Uruguay), 6 de agosto de 2009.

¹³¹ Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y Otros, Excepciones Preliminares*, Sentencia de 4 de septiembre de 1998, párrafo 54. Consúltese también, en idéntico sentido, los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que a continuación se señalan: Informe N°44/01, Caso 11.016, Emilio Moisés y Rafael Samuel Gómez Paquiyauri, Perú, 5 de marzo de 2001, párrafo 26; Informe N°52/00, Casos 11.830 y 12.038, Trabajadores Cesados del Congreso de la República, Perú, 15 de junio de 2000, párrafos 19, 20 y 21.

¹³² Héctor Faúndez Ledesma, *El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Centro de Estudios de Derechos Humanos Universidad Central de Venezuela e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Caracas, 2007; la cita es p.49. La cursiva es del autor citado. Se ha eliminado una referencia contenida en el texto original.

idóneos para la situación específica de que se trate. Algo similar ocurriría con las vías arbitrales cuando ellas constituyan un modo adecuado para fijar el monto de una indemnización.¹³³

Asimismo, la jurisprudencia del Sistema Interamericano ha tendido a considerar que como regla general sólo es exigible agotar los recursos ordinarios, aunque en ciertas circunstancias también podrían serlo los extraordinarios. De acuerdo a lo señalado por la propia Comisión, “[l]a jurisprudencia del sistema [interamericano] ha establecido que si bien en algunos casos dichos recursos extraordinarios pueden ser adecuados para enfrentar violaciones a los derechos humanos, como norma general los únicos recursos que es necesario agotar son aquellos cuyas funciones, dentro del sistema jurídico, son apropiadas para brindar protección tendiente a remediar una infracción de determinado derecho legal. En principio se trata de recursos ordinarios, y no extraordinarios.”¹³⁴

De cualquier modo, y sin perjuicio de que la jurisprudencia de la Comisión y la Corte Interamericana ha avanzado en precisar los estándares del agotamiento de los recursos internos, el tipo de casos que llegan actualmente a dichos órganos ha vuelto mucho más compleja la tarea de determinar si este requisito se cumple o no en el asunto específico en su conocimiento. Entre ellos resultan especialmente complejos aquellos casos en que se alegan violaciones al debido proceso, lo cual puede conducir tanto a un pronunciamiento sobre admisibilidad en relación con la excepción respectiva a la regla del agotamiento de los recursos internos como a una resolución sobre el fondo, aspecto sobre el cual me detendré en el apartado siguiente, al tratar de la distinción entre etapas de admisibilidad y fondo en la tramitación de casos por la Comisión.

4. EL ESTABLECIMIENTO DE UNA ETAPA DE ADMISIBILIDAD EN EL PROCEDIMIENTO ANTE LA COMISIÓN

Atendido el problema respecto de la regla del agotamiento de los recursos internos al que recién hemos hecho mención, históricamente la declaración de admisibilidad de una denuncia por parte de la Comisión no era un asunto que, en la

¹³³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N°37/05, Inadmisibilidad, Petición 11.433, Benjamín Guerra Duarte, Nicaragua, 9 de marzo de 2005, párrafos 47, 53, 55 y 56.

¹³⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 51/03, Petición 11.819, Admisibilidad, Christian Daniel Domínguez Domenichetti, Argentina, 24 de octubre de 2003, párrafo 45.

práctica, tuviera mucha relevancia. Como, por lo demás, era poco frecuente una participación activa de los estados en la tramitación de los casos ante la Comisión, usualmente ésta dejaba la declaración de admisibilidad para la etapa final, resolviendo esta cuestión en la misma resolución en que decidía el fondo del caso.

A partir de los noventa, y en especial desde la segunda mitad de dicha década, esta práctica se transformó por completo, consolidándose estas modificaciones en la primera década del siglo XXI. La práctica de separar las decisiones sobre admisibilidad y fondo fue recogida primeramente en una reforma parcial del antiguo Reglamento efectuada en 1996 y el Reglamento de 2001 vino a desarrollarla, estableciendo la necesidad de que la Comisión se pronuncie de manera previa y especial acerca de la cuestión de la admisibilidad, salvo que existan circunstancias muy calificadas. En la actualidad, en la gran mayoría de los casos la Comisión emite primero un pronunciamiento acerca de la admisibilidad o falta de la misma de la denuncia y solo más adelante (a menudo bastante tiempo después) una decisión sobre el fondo del caso. Solo en situaciones excepcionales la Comisión en la actualidad omite un pronunciamiento previo al del fondo sobre la cuestión de la admisibilidad. En el Reglamento de 2009 esto es regulado en los siguientes términos: “en circunstancias excepcionales, y luego de haber solicitado información a las partes de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 30 de presente Reglamento [que establece un mecanismo contradictorio], la Comisión podrá abrir el caso pero diferir el tratamiento de la admisibilidad hasta el debate y decisión sobre el fondo.”¹³⁵

Una modificación incorporada al Reglamento en 2006 y que se mantuvo en el Reglamento de 2009 dispone al respecto que cuando se trate de casos “de gravedad y urgencia o cuando se considere que la vida de una persona o su integridad personal se encuentre en peligro real o inminente, la Comisión solicitará al Estado su más pronta respuesta.”¹³⁶ En esta última hipótesis, el Reglamento añade que “la Comisión podrá solicitar al Estado que presente su respuesta y observaciones sobre la admisibilidad y el fondo del asunto.”¹³⁷

¹³⁵ Artículo 36.3 del Reglamento de la Comisión.

¹³⁶ Art. 30.4 del Reglamento de la Comisión.

¹³⁷ Art. 30.7 del Reglamento de la Comisión.

Esta materia ha sido objeto de un arduo debate, en el cual los Estados y la sociedad civil han manifestado puntos de vista distintos, ya que mientras los primeros tienden a abogar por la supresión completa o casi completa de estas excepciones, la sociedad civil las defiende.¹³⁸

También cabe observar que dada la especial dificultad que representa para la Comisión el pronunciarse acerca de la admisibilidad de algunas denuncias que invocan como excepción a la regla del agotamiento de los recursos internos la falta de un debido proceso a nivel interno sin que ello anticipe un pronunciamiento sobre el fondo, en ocasiones ello conduce a la CIDH a emitir una resolución que se refiere de manera conjunta a admisibilidad y fondo. Si bien, en estricto rigor, el pronunciamiento de

¹³⁸ Al respecto, en su documento de 2009, los Estados realizan las siguientes observaciones generales: “[e]n la práctica, diferir el tratamiento de la admisibilidad al fondo afecta sustantivamente el debido proceso”; “[a]simismo, el uso de esta figura [la acumulación] limita el proceso de búsqueda de solución amistosa.” Como propuestas, plantean la supresión de la acumulación, o bien –en el caso de México– “que en los casos en los cuales excepcionalmente la Comisión tenga que acumular la decisión sobre admisibilidad y el fondo, esta deberá ser debidamente fundamentada y motivada” (Resultados del Proceso de Reflexión sobre el Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos (2008-2009), OEA/Ser.G, CP/CAJP-2665/08 rev. 8 corr.1, 16 de marzo de 2009, pp.11-12). Por su parte, el documento elaborado por CEJIL resalta el hecho de que “[u]na vez emitida la resolución de acumulación se concede la oportunidad a ambas partes a alegar sobre las cuestiones pendientes de admisibilidad y fondo, sin poner en riesgo el derecho de defensa o la igualdad de armas. Por tanto –agrega el documento–, resulta difícil entender la oposición a un mecanismo que ha actuado en diversos casos como instrumento acelerador del proceso.” CEJIL añade que “sería prudente que la CIDH justifique en su resolución cuáles son las circunstancias que ameritan la medida en el caso en concreto (por ejemplo, como la naturaleza de la violación alegada, el paso del tiempo, la situación de la víctima, razones de economía procesal, el establecimiento de un precedente relevante en el tema que permite simplificar el debate, etc.). En ese mismo sentido, la CIDH debería establecer criterios claros y públicos para la adopción de las otras medidas de simplificación del procedimiento como, entre otros, la acumulación de casos.” (CEJIL, *Aportes Para la reflexión sobre posibles reformas al funcionamiento de la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Documento de Coyuntura N°5, Buenos Aires, 2008, p.28). A su turno, otras cuatro ONGs usuarias habituales del Sistema Interamericano señalan que “**no hay que sobredimensionar la importancia del informe de admisibilidad**. Lo esencial es que la CIDH haga un análisis riguroso, serio y adecuado de los requisitos de admisibilidad, pero no es indispensable que dicho análisis se haga en un informe dedicado únicamente a ese propósito.” (Instituto de Defensa Legal, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, CELS y Fundación para el Debido Proceso Legal, *Comentarios sobre las propuestas de reforma al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, s/f, pág.6; la negrita es del original). Agregan que “[s]i bien la existencia de etapas diferenciadas es útil para ordenar el proceso, poner el énfasis en una visión procesal y formalista del procedimiento internacional como una sucesión fija y rígida de etapas, desconoce que las formalidades tienen un rol diferente en el derecho internacional, cuyo fin es la protección de los derechos de las personas y no la protección de las etapas procesales. Si la CIDH hace un análisis riguroso de la admisibilidad de la petición, y antes de hacerlo el Estado ha tenido oportunidad de presentar sus argumentos, el derecho de defensa del Estado queda por completo a salvo, sin que importe que el análisis de admisibilidad se haga junto con el fondo (...).” Respecto del argumento de los Estados acerca del obstáculo que la acumulación de admisibilidad y fondo podría representar para alcanzar una solución amistosa, el documento de las cuatro ONGs observa que ella no la afectaría, “siempre y cuando la CIDH, antes de emitir un informe de fondo, se asegure que las partes han tenido la oportunidad de solucionar la controversia por vía amistosa. En todas las ocasiones en que este requisito se verifique, se puede emitir bien un informe de fondo únicamente o bien uno de admisibilidad y fondo a la vez.” (Ídem, ambas citas son de pág.7).

admisibilidad sólo aborda *prima facie* el fondo del asunto planteado, no es menos cierto que trazar esa línea puede resultar casi ilusorio en determinados casos.

El establecimiento de las dos etapas señaladas ha conducido a fases más marcadas que en el pasado en la tramitación de los casos.¹³⁹ Con ello se proporciona una mayor seguridad jurídica a las partes en el caso. Sin embargo, como ocurre en no pocos casos en que la cuestión de la admisibilidad no es refutada con argumentos significativos por parte de los Estados, el operar rígidamente en la materia a veces puede contribuir a la dilatación de los procesos en la Comisión. La afirmación que a veces se hace en este aspecto, en el sentido de que se estaría avanzando hacia prácticas al estilo del Sistema Europeo es inapropiada, ya que en dicho Sistema, compuesto por estados cuyos sistemas judiciales funcionan de manera independiente y eficaz, los problemas de falta de admisibilidad son significativos, como lo prueba el hecho de que la gran mayoría de las denuncias son declaradas inadmisibles. En el Sistema Interamericano, en cambio, si bien en la etapa de revisión inicial muchas denuncias son consideradas inadmisibles, una vez que les se da trámite la proporción de informes de admisibilidad es considerablemente superior a la de los informes en que se declara una inadmisibilidad.¹⁴⁰

5. LA DOCTRINA DE LA “CUARTA INSTANCIA”

Otro aspecto controvertido respecto de la cuestión de la admisibilidad de las denuncias es el hecho de que potencialmente, por vía de una declaración de inadmisibilidad, se estén resolviendo aspectos que debieran quedar para el fondo del

¹³⁹ Faúndez Ledesma valora como positiva esta división en dos etapas, observando que “[a] diferencia de la hoy extinta Comisión Europea de Derechos Humanos, que se pronunciaba expresamente sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de toda petición antes de iniciar el examen de los méritos de la misma y dar curso a los trámites posteriores, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sido menos cuidadosa en este aspecto y no siempre ha adoptado una decisión expresa sobre la admisibilidad de las peticiones que se le someten; ello se explica, entre otras razones, porque - hasta 1996- la Comisión Interamericana solía considerar la admisibilidad de la petición o comunicación conjuntamente con la cuestión de fondo que ella planteara.” Héctor Faúndez Ledesma, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales* (cit.), pp.366-367.

¹⁴⁰ En este sentido, el Informe Anual de la CIDH correspondiente al año 2010 incluye 73 informes de admisibilidad y 10 de inadmisibilidad; el Informe Anual de 2009 contiene 62 informes de admisibilidad y 15 de inadmisibilidad; el Informe Anual de 2008 incluye 49 denuncias declaradas admisibles y 10 declaradas inadmisibles; el Informe Anual de 2007 contiene 51 denuncias declaradas admisibles y 14 inadmisibles; el Informe Anual de 2006 incluye 56 denuncias declaradas admisibles y 14 consideradas inadmisibles; mientras que el de 2005 contiene 53 denuncias en la primera situación y 16 en la segunda. Datos tomados de la página del sitio web de la Comisión: www.cidh.org

asunto, una vez que toda la prueba haya sido rendida y que ella haya sido objeto de un análisis sustantivo por parte de la Comisión. Esta controversia emana especialmente a partir del Caso Marzioni, de 1996 (contemporáneo, como se aprecia, a la dictación del Reglamento que fijó la distinción entre las etapas de admisibilidad y fondo),¹⁴¹ en el que la CIDH aplicó la denominada doctrina de la "cuarta instancia", nomenclatura no muy feliz adoptada del Sistema Europeo de Derechos Humanos.

Si bien la Comisión Interamericana ya había recurrido a la doctrina de la “cuarta instancia” a fines de la década de los ochenta,¹⁴² es a partir de mediados de los noventa que ella se consolida. El nombre de cuarta instancia proviene del hecho de que los órganos internacionales de derechos humanos no constituyen una “instancia” en el sentido del Derecho Procesal interno, es decir, que no es suficiente que una persona o grupo de personas se consideren agraviadas por una decisión judicial interna para que automáticamente estén legitimadas para presentar una denuncia admisible a nivel internacional. En otras palabras, no existe un derecho de apelación ante el órgano internacional, sino que es necesario que haya una caracterización de una violación a los derechos humanos. Lo de “cuarta instancia” proviene del supuesto de que a nivel interno existirían tres instancias, lo cual usualmente no es el caso, y de allí lo desafortunado de la expresión.

Algunos autores han planteado que la doctrina de la “cuarta instancia” representaría alguna clase de deferencia de los órganos internacionales de derechos humanos hacia los Estados.¹⁴³ Por deferencia entendemos aquí una actitud de parte del organismo internacional de dejar que la resolución de los órganos internos sea la definitiva, dado que estos se encuentran en mejor posición para comprender la totalidad del alcance de los hechos del caso, incluido su contexto, especialmente en casos complejos. Esto –se señala– sería una consecuencia del principio de subsidiariedad,

¹⁴¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Santiago Marzioni (Argentina), Informe 39/96 (Caso 11.673), 15 de octubre de 1996.

¹⁴² En el caso de Clifton Wright (Jamaica), Caso 9260, Resolución N°29/88 de 14 de septiembre de 1988.

¹⁴³ En este sentido, Diego Rodríguez anota que “[e]l caso [Marzioni] muestra de forma clara que la Comisión concede cierto grado de deferencia a las Cortes nacionales en aquellos Estados que funcionan en el marco de una sociedad democrática.” Diego Rodríguez-Pinzón, La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en: Claudia Martín, Diego Rodríguez-Pinzón y José Antonio Guevara (Comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Capítulo VI, Universidad Iberoamericana – Washington College of Law American University – Distribuciones Fontanara, México, 2004, pág.201.

conforme al cual los órganos internacionales sólo pueden intervenir cuando el órgano interno no lo haga o lo haga en infracción a los derechos humanos.

Desde luego, en sus orígenes europeos, no era la doctrina de la “cuarta instancia” la que marcaba la pauta en materia de deferencia a los Estados, sino la del margen de apreciación. Esta última consiste propiamente en un ejercicio de deferencia, que reconoce un ámbito de discreción a los Estados y que ha sido debatida en la doctrina.¹⁴⁴ De cualquier modo, cabe resaltar que mientras la doctrina de la “cuarta instancia” se refiere a la etapa de admisibilidad de la tramitación de una denuncia, la del margen de apreciación corresponde a la de fondo. Así, mientras en la doctrina de la “cuarta instancia” se trata de determinar la presencia o no de una caracterización *prima facie* de una violación a los derechos humanos, en la segunda, admitiéndose que podría haber derechos humanos comprometidos, el órgano internacional considera que los órganos internos se hallan en mejor posición para efectuar un pronunciamiento al respecto (la doctrina del margen de apreciación se aplica o no dependiendo de cuáles sean los derechos involucrados y de otras circunstancias).

En realidad, la doctrina de la “cuarta instancia” no tiene por qué involucrar deferencia hacia los Estados. Esto se aprecia mejor si se consideran cuáles son las causales de inadmisibilidad de una denuncia contempladas en la Convención Americana que poseen un componente sustantivo. Ellas son la falta de exposición de hechos que caractericen una violación a los derechos humanos¹⁴⁵, su carácter manifiestamente infundado o el hecho evidente de su total improcedencia.¹⁴⁶ En ninguna de las tres causales –que son las vinculadas a la “cuarta instancia”– se trata de que la Comisión

¹⁴⁴ Véase al respecto lo expresado por el especialista sobre el Sistema Europeo Fried van Hoof en: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Seminario sobre el Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos*, Washington, D.C., 1996, pp. 69-70. Para una perspectiva crítica de la posibilidad de usar esta doctrina en el contexto interamericano, véase Cecilia Medina, *Toward Effectiveness in the Protection of Human Rights in the Americas*; en: *Transnational Law & Contemporary Problems*, Journal of the University of Iowa College of Law, Vol.8.2, 1999, pp.337-358, especialmente pág.354. Cabe tener presente que, promediando la década de los noventa, el entonces Secretario General de la OEA, César Gaviria, auspició la idea de que la Comisión utilizara la doctrina del margen de apreciación. Al respecto, consúltese, *Hacia una nueva visión del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.G/CP/doc.2828/96, 26 noviembre 1996, pág.8. Para una visión favorable al uso de esta doctrina por los órganos internacionales, revísese, Yuval Shany, *Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?*, en: *European Journal of International Law* Vol. 16, 2005, pp.907-940. Consúltese además, Yutaka Arai-Takahashi, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerpen-Oxford-Nueva York, 2001.

¹⁴⁵ Art. 47 b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁴⁶ Estas dos últimas causales se hallan contempladas en el Art.47 c) de la Convención Americana.

ejerza una deferencia hacia el Estado denunciado. Es el propio órgano internacional el encargado de determinar acaso *prima facie* ha existido o no una violación a los derechos humanos. No se advierte, a este respecto, de dónde emanaría el fundamento de la mencionada deferencia.

En cuanto a la pretendida conexión de la doctrina de la “cuarta instancia” con el principio de subsidiariedad, lo cierto es que se da cumplimiento a este último por medio de la regla del agotamiento de los recursos internos, la que, según hemos visto, ha adquirido una mucho mayor eficacia en las últimas décadas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. No corresponde, en cambio, hablar de subsidiariedad cuando el órgano internacional se circunscribe a ejercer la competencia sobre su propia competencia, en este caso, estableciendo acaso concurren o no los requisitos de admisibilidad que poseen una dimensión sustantiva, contemplados en las letras b) y c) del artículo 47 del Pacto de San José de Costa Rica, que antes hemos reseñado.

Un requisito que suele presentar aspectos complejos es el que de que la denuncia se refiera a hechos que caractericen una violación de derechos consagrados en instrumentos internacionales respecto de los cuales la Comisión posea competencia. El examen que efectúa la CIDH en esta etapa de la tramitación es de carácter inicial, por lo cual, la caracterización debe existir *prima facie*, sin que ello comprometa el pronunciamiento que dicho órgano pueda llegar a emitir sobre el fondo del asunto planteado.

A mi juicio, dos factores han incidido decisivamente para que este requisito haya adquirido una relevancia mucho mayor que en el pasado. Por una parte, los procesos de democratización en el Continente Americano han acarreado un fortalecimiento de los sistemas judiciales internos, que, mirado en términos generales y con variaciones según los países de que se trate, hoy gozan de una mayor independencia e imparcialidad que en el pasado. Por otra parte, en la medida que se han diversificado de manera muy importante las materias sobre las que versan las denuncias, la Comisión ha debido prestar una atención creciente a la cuestión de la caracterización de los hechos, de manera de apreciar debidamente acaso se cumple o no el requisito.

6. LA REGULACIÓN CRECIENTE DE LA ETAPA DE FONDO

Tal como sucede en general respecto de la tramitación de casos en la Comisión, las regulaciones que proporciona la Convención Americana son escasas acerca de la fase de fondo. De allí que haya sido la propia CIDH la que se haya ido dando una normativa en la materia, recogida en su Reglamento.

En la actualidad, en términos sintéticos, el procedimiento sobre el fondo se inicia con el registro y apertura del caso una vez que se ha dictado un informe de admisibilidad.¹⁴⁷ La Comisión fija un plazo de tres meses para que los peticionarios lleven a cabo las observaciones adicionales que consideren necesario realizar sobre el fondo del asunto ¹⁴⁸. Transcurrido dicho plazo la Comisión trasladará dichas observaciones al estado con la finalidad de que este presente sus observaciones también dentro de un lapso de tres meses. A su turno, las observaciones del estado son trasladadas al peticionario, que también tendrá oportunidad de presentar nuevas observaciones que a su vez serán trasladadas al estado. Además, se ha implementado el mecanismo de la solución amistosa, así como se han desarrollado una serie de reglas específicas a partir de la interpretación de los artículos 50 y 51 de la Convención Americana para los pasos finales de la etapa de fondo, cuestiones que revisaremos en otros apartados.

Se podrán llevar a cabo audiencias si la Comisión así lo decidiera de propia iniciativa o si una de las partes lo solicitara y la CIDH accede a ello, usualmente después de vencidos los plazos de requerimiento y del traslado de información y observaciones a las partes. En estas audiencias se presentan alegaciones, así como, dependiendo del caso, declaraciones de testigos, peritos o pruebas de cualquier carácter que resulten pertinentes.

En la medida en que los estados y los peticionarios empiezan a tener una presencia mayor en el litigio de casos que en las décadas anteriores comienza a observarse una mayor formalidad en la tramitación, volviéndose ésta crecientemente más homogénea. Como la Convención sólo establece reglas para algunas fases del

¹⁴⁷ Artículo 36.2 del Reglamento de la Comisión.

¹⁴⁸ Artículo 37.1 del Reglamento de la Comisión.

trámite ante la Comisión, históricamente ella manejaba este aspecto con mucha discrecionalidad, pero en el nuevo contexto esta tiende a disminuir, aunque ni con mucho por completo.

Este cambio se revela, por ejemplo, en que las audiencias con las partes pasan a ser una práctica seguida en muchos casos, con la posibilidad de presentarse alegatos orales por las partes. Además, ello se manifiesta en que los elementos de prueba presentados se incrementan significativamente. En este sentido, y dado que los estados comienzan a desempeñar un papel más activo en la litigación, en la actualidad resulta casi inexistente la aplicación de la presunción de veracidad de los hechos contenidos en la denuncia,¹⁴⁹ lo cual contrasta con la práctica de la Comisión en la época en que ella operaba en un contexto de numerosos regímenes autoritarios. Además, se vuelve cada vez más frecuente la presencia de testigos ante la Comisión (tradicionalmente, lo usual era que sus declaraciones fueran hechas llegar por escrito).

7. LA SOLUCIÓN AMISTOSA DE CASOS

En el contexto del procedimiento sobre el fondo de la denuncia, la Comisión buscará mediar entre las partes con la finalidad de alcanzar un arreglo amistoso fundado en el respeto de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana, la Declaración Americana y otros instrumentos aplicables. Es importante notar que el procedimiento de solución amistosa se inicia y prosigue siempre sobre la base del consentimiento de las partes. Si se logra una solución amistosa, la Comisión aprobará un informe de la solución lograda que transmitirá a las partes y hará público. La Comisión verificará, antes de la publicación del informe, si la víctima de la presunta violación o sus derechohabientes han dado su consentimiento en el acuerdo de solución amistosa. En caso de no lograr un acuerdo de solución amistosa entre las partes la Comisión proseguirá el trámite del asunto¹⁵⁰.

El acuerdo amistoso debe ser acorde con las normas de derecho internacional de los derechos humanos, que tenga por objeto reparar los perjuicios causados a la víctimas y sus familiares, así como establecer una serie de medidas que deberá implementar el estado

¹⁴⁹ En el Reglamento de 2009, dicha presunción de veracidad se encuentra en el art.38.

¹⁵⁰ Artículo 40 del Reglamento de la Comisión.

responsable con la finalidad evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir. Este acuerdo tiene carácter vinculante y será la propia Comisión la encargada de supervisar su cumplimiento.¹⁵¹

El uso creciente de este mecanismo fue uno de los primeros cambios introducidos en sus prácticas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en los noventa. La presencia del mismo no es exclusiva de la Convención Americana, ya que se halla también contemplado en el Sistema Europeo. Allá por 1992, cuando la Comisión Interamericana recién iniciaba su uso, en el Sistema Europeo aproximadamente 1/7 de los casos de los casos declarados admisibles era resuelto por esta vía.¹⁵² Por cierto, el contexto del Sistema Europeo era muy diferente, pero las nuevas circunstancias en el Continente Americano hacían pensar que se expandiría su uso.

Algunos casos argentinos fueron los que marcaron el rumbo en la línea de emplear este mecanismo. Ellos fueron los casos acumulados de Miguel Vaca Narvaja (derechohabientes), Guillermo Alberto Birt y otros, en relación violaciones a sus derechos humanos ocurridas durante la dictadura,¹⁵³ y el del periodista Horacio Verbitsky, quien había sido condenado por el delito de desacato, que en la legislación de ese país consistía en un delito agravado de injurias contra ciertas autoridades públicas.¹⁵⁴ En los casos acumulados, Argentina pagó indemnizaciones por los abusos cometidos y en el de Verbitsky la figura penal del desacato fue derogada.¹⁵⁵

¹⁵¹ Algunos autores, como Patricia Standaert, se han preguntado por la adecuación de un mecanismo de esta naturaleza respecto de violaciones a los derechos, por lo gravoso de los hechos así como por la desigualdad que podría existir entre el estado y la víctima. El punto es que en el contexto del Sistema Interamericano, y sin que ello signifique que el recurso a este mecanismo sea apropiado para todo tipo de casos, la recurrente falta de cumplimiento por parte de los estados de las resoluciones emanadas de la Comisión, convierte a veces a la solución amistosa en un vía más eficaz que las propias resoluciones. Patricia Standaert, *The Friendly Settlement of Human Rights Abuses in the Americas*; en: *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol.9, 1999, pp. 519-542.

¹⁵² Kevin Boyle, *The Council of Europe, the CSCE and the European Community*, en: Hurst Hannum (ed.), *Guide to International Human Rights Practice*, 2a. edición, 1992, pp. 133-158; la referencia a la proporción de soluciones amistosas se encuentra en p.149.

¹⁵³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 1/93, sobre solución amistosa respecto de los casos 10.288, 10.310, 10.436, 10.496 10.631 y 10.771, 3 de marzo de 1993.

¹⁵⁴ Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 22/94, Caso 11.102, 20 de septiembre de 1994.

¹⁵⁵ Véase sobre las soluciones amistosas argentinas que catalizaron el fortalecimiento de este mecanismo, Jorge Cardozo, *La solución amistosa ante la Corte*; en: Juan Méndez y Francisco Cox (eds.), *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1998, pp. 391-409. El autor del artículo era un funcionario del gobierno de ese país que intervino en varias soluciones amistosas; a pesar de su título, el trabajo se refiere también a soluciones amistosas en la Comisión.

Ambas soluciones amistosas tuvieron un impacto que fue más allá de los casos específicos. El arreglo con las víctimas de la dictadura en el conjunto de casos acumulados ante la Comisión llevó al diseño en Argentina de una política de indemnizaciones en la materia. En cuanto al desacato, la derogación de esta figura penal en Argentina fue seguida por un Informe de la Comisión Interamericana sobre Leyes de Desacato.¹⁵⁶ Este Informe, de carácter temático y no referido a un país en particular, estableció que dichas leyes eran incompatibles con la garantía de la libertad de expresión consagrada en la Convención Americana.¹⁵⁷

Esta tendencia fue reforzada posteriormente por la Corte. Esta había sostenido en el caso Velázquez Rodríguez que no era obligatorio para la Comisión ofrecer una solución amistosa a las partes en todos los casos individuales de los que conociera, especialmente en un contexto como el hondureño respecto de Velázquez, en que ni siquiera se había emprendido una investigación interna para esclarecer la desaparición forzada.¹⁵⁸ Pero en el caso Caballero Delgado y Santana contra Colombia, ya en los noventa, la Corte consideró que la sola naturaleza de la violación (también como en Velázquez una desaparición forzada) no servía como fundamento suficiente para no ofrecer a las partes una solución amistosa, considerando que Colombia, a diferencia de Honduras en el caso Velázquez, sí había realizado una investigación interna e intentado colaborar para solucionar la violación. No obstante, la Corte añadió que la obligación de la Comisión en los casos en que las partes demostraran voluntad de cooperación, se satisfacía con iniciar este trámite si una de la partes así lo solicitaba.¹⁵⁹

En rigor, la Comisión fue más allá de lo planteado por la Corte, ya que comenzó a hacer un uso sistemático del mecanismo de solución amistosa, tomando la iniciativa

¹⁵⁶ Publicado en el *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* 1994, pp. 209 y siguientes.

¹⁵⁷ Véase un análisis del Informe de la Comisión en Felipe González, Hacia la derogación de las normas de desacato en Chile; en: Felipe González (Ed.), *Libertad de Expresión en Chile*, Universidad Diego Portales, Santiago, 2006, pp.199-241, especialmente pp.225 ss.

¹⁵⁸ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares*, Sentencia de 26 de junio de 1987, párrafos 42 y siguientes. Consúltese, Patricia Standaert, *The Friendly Settlement of Human Rights Abuses in the Americas* (cit.).

¹⁵⁹ Corte IDH, *Caso Caballero Delgado y Santana, Excepciones Preliminares*, sentencia de 21 de enero de 1994. Véase especialmente párrafos 20 y siguientes.

en cada caso al ponerse a disposición de las partes para tales efectos. Desde entonces una serie de casos de importancia se han solucionado por esta vía.

En la década de los noventa, además de Argentina, otro país que alcanzó un número significativo de acuerdos amistosos fue Ecuador, lo que incluyó el pago de cuantiosas indemnizaciones a víctimas de violaciones a los derechos humanos. Resaltan también en la década de los noventa en materia de soluciones amistosas Colombia, Guatemala, Paraguay y Venezuela, que también modificaron su legislación interna como parte de arreglos amistosos.¹⁶⁰

En la primera década del siglo XXI esta práctica se ha extendido a casos de diversos países.¹⁶¹ De cualquier modo, el alcance de las soluciones amistosas continúa siendo limitado, ya que el porcentaje de denuncias declaradas admisibles que se resuelven por esta vía es bajo.

8. LA DECISIÓN SOBRE EL FONDO Y LA CUESTIÓN DE LA PUBLICIDAD Y CONFIDENCIALIDAD EN LA TRAMITACIÓN

En general, históricamente la tramitación ante los órganos de derechos humanos del Sistema Interamericano había sido pública. En la etapa final de un caso ante ella, la Comisión emitía un Informe, que usualmente no era considerado por el estado respectivo y que era posteriormente publicado. Pero la Corte, en su Opinión Consultiva 13,¹⁶² interpretó la Convención de otra manera, señalando que ésta contempla dos Informes.¹⁶³ Además, basándose en el hecho de que la Convención dispone en su artículo 50.2 que el (ahora primer) Informe será transmitido a los estados respectivos y

¹⁶⁰ Véase, al respecto, Claudio Grossman, *Strengthening the Inter-American Human Rights System: the current debate*, en: *American Society of International Law Proceedings*, 1998, pp. 186-192; la referencia a estos países se halla en pág. 190.

¹⁶¹ Información obtenida mediante la revisión de las soluciones amistosas publicadas en los Informes Anuales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

¹⁶² Corte IDH, *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-13/93, 16 de julio de 1993.

¹⁶³ Pedro Nikken se ha exployado acerca de los problemas que presentan tanto el art. 50 como el – estrechamente relacionado– 51 de la Convención Americana, señalando que ellos “constituyen, sin duda, una mala adaptación del procedimiento establecido en la Convención Europea [se refiere al antiguo procedimiento europeo]”, observando que “en el sistema europeo cada caso está sujeto a dos decisiones a cargo de órganos diferentes. La primera corresponde a la Comisión y la segunda a la Corte o al Comité de Ministros, según se haya introducido o no la demanda ante aquella.” Véase, Pedro Nikken, *Perfeccionar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos sin Reformar el Pacto de San José*, *cit.*, p.33.

que éstos no podrán hacerlo público, la Corte estimó que la Comisión no estaba autorizada para hacer saber su contenido a los peticionarios. Cabe apuntar que con anterioridad la Corte no había señalado que esta etapa tuviera un carácter confidencial. En efecto, En el caso Velásquez Rodríguez, en su sentencia de excepciones preliminares el tribunal interamericano ya se había referido a los alcances de los artículos 50 y 51 de la Convención Americana, sin hacer mención a confidencialidad de ninguna de ellas respecto de las partes, señalando que “[n]o obstante, la resolución 30/83 no fue designada como "informe" por la Comisión y es claro que la terminología empleada por ésta no se ciñe al léxico de la Convención. Esa circunstancia, sin embargo, no es relevante si el contenido del acto aprobado por la Comisión se adecúa sustancialmente, como en el presente caso, a las previsiones del artículo 50 y si no quedan afectados tampoco los derechos procesales de las partes, especialmente el del Estado de contar con una oportunidad final para resolver el asunto por sus propios medios, antes de que pueda ser introducido a la Corte.”¹⁶⁴

Con la Opinión Consultiva N°13 se introdujo así una etapa de confidencialidad en un momento crucial del procedimiento, aquel en el cual la Comisión formula recomendaciones al estado para subsanar la violación planteada dentro de un cierto plazo. Los peticionarios quedaban al margen del conocimiento de esas recomendaciones. Como ha apuntado Juan Méndez, “[l]a interpretación de la Corte en la OC-13 ha creado una anomalía procesal. El trámite ante la Comisión se desarrolla durante un largo período en condiciones equitativas para las partes: de cada escrito se da traslado, a cada audiencia se invita a ambas partes, cada medida de prueba es susceptible de objeción o de comentario por cada parte. Esa igualdad procesal se altera radicalmente justo en el momento decisivo: el de la adjudicación.”¹⁶⁵

¹⁶⁴ Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de Excepciones Preliminares, 26 de junio de 1987, párrafo 67.

¹⁶⁵ Juan Méndez, Una aproximación crítica a la interpretación vigente de los Artículos 50 y 59 de la Convención; en Méndez y Cox, *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, cit., pp.241-260; la cita es de pág.245. Méndez añade: “[p]odrá decirse que la Corte se ha limitado a interpretar restrictivamente una norma de muy infeliz redacción. No se trata siquiera de una interpretación literal ya que –como vimos– la Convención guarda silencio sobre el tratamiento que debe darse al peticionario en este punto. Nos parece, en todo caso, que la OC-13 y la práctica subsiguiente han creado un sin sentido procesal que no se compadece con el objeto y fin del tratado y que por ello debe rectificarse.” Ídem, p.246.

Pero el asunto resultó aun más gravoso para los peticionarios, puesto que, siguiendo con la sucesión de interpretaciones, la Comisión entendió, a su vez, que lo que la Corte quería decir era que ni siquiera debería ponerse en conocimiento de los peticionarios el hecho de que el Informe del artículo 50 había sido emitido y notificado al gobierno. Esto significaba para los peticionarios ignorar incluso el estado en que se encontraba la tramitación. Además, les impedía saber cuándo se cumpliría el plazo concedido al estado para el cumplimiento de las recomendaciones. La Corte no se había referido expresamente a este punto, sino que esta práctica fue el resultado de la forma en que la Comisión entendió el contenido de la Opinión Consultiva.

Las organizaciones no-gubernamentales que representaban víctimas ante la Comisión criticaron la introducción de la confidencialidad en la tramitación. Para ello señalaron que cuando la Convención se refiere a que el Informe será transmitido a los estados respectivos, ella estaba asumiendo que se trataba de denuncias interestatales, es decir, presentadas por un estado contra otro. Esa era la razón por la cual el artículo 50 se refiere en plural a los “estados.” Pero en el Sistema Interamericano, a diferencia del Sistema Europeo, recién avanzada la primera década del siglo XXI se presentó la primera denuncia interestatal en 2006,¹⁶⁶ por lo que –señala la crítica- mal podría hacerse extensiva esta norma a los peticionarios que no fueran estados. Respecto de la segunda parte del problema, las ONGs consideraron que se las dejaba en la indefensión más absoluta acerca de la posibilidad de asegurarse una tramitación ajustada a derecho, ya que carecerían de conocimiento respecto de que el Informe había sido emitido, así como de si plazo concedido al gobierno había o no vencido. No obstante, la confidencialidad en los dos aspectos señalados continuaría durante varios años.

Posteriormente, y en la dirección de aminorar los efectos perjudiciales señalados, se adoptó la práctica de comunicar a los peticionarios el hecho de que el referido Informe ha sido adoptado y notificado al Estado. De este modo, los peticionarios al menos están en conocimiento de la etapa procesal en que se encuentra el caso y del momento en que vencerá el plazo concedido al estado para el cumplimiento de la resolución. Esta práctica ha sido recogida en el Reglamento de la Comisión.¹⁶⁷

¹⁶⁶ La ya mencionada de Nicaragua contra Costa Rica.

¹⁶⁷ Art.44.3.

El punto es que, salvo que se reformara la Convención Americana, el asunto está en manos de la Corte. Sin embargo, no se ve bajo qué circunstancias podría volver a plantearse la cuestión de la confidencialidad o publicidad del Informe del artículo 50 ante dicho tribunal, como no sea bajo la modalidad de una nueva solicitud de Opinión Consultiva. Esto es precisamente lo que plantea Juan Méndez, considerando que la posibilidad de que la Comisión modificara por sí misma este estado de cosas resulta inviable, ya que, como bien apunta, “[e]n el tema de los plazos procesales y condiciones de admisibilidad (...) prevalecerá siempre la visión de la Corte, ya que de esas condiciones depende la posibilidad misma de que el caso termine en la Corte.”¹⁶⁸

9. CRITERIOS PARA EL ENVÍO DE CASOS POR LA COMISIÓN A LA CORTE

Conforme a la Convención Americana, la Comisión y los estados son los únicos facultados para presentar casos contenciosos ante la Corte, pero en la práctica los estados no han hecho uso de esta facultad, salvo en una oportunidad en que Costa Rica sometió un caso a conocimiento de la Corte sin agotar la tramitación en la Comisión - lo cual fue desestimado por el tribunal.¹⁶⁹

Desde la década de los noventa la Comisión empezó a enviar casos con mayor regularidad a la Corte, remitiendo varias decenas de ellos. En este contexto de aumento del número de casos, se habían intensificado las críticas por la ausencia de criterios para determinar el envío o no de un caso por parte de la Comisión a la Corte. Al respecto, se argumentaba por esa época que la Comisión Europea de Derechos Humanos tampoco disponía de criterios para el envío de casos a la Corte. Sin embargo, como apunta Juan Méndez, bajo la modalidad que entonces poseía el Sistema Europeo todos los casos que decidía la Comisión eran remitidos a otro órgano, ya fuera la Corte Europea (lo que, de acuerdo a lo señalado por Méndez, correspondía aproximadamente a un 60% de los casos) o al Comité de Ministros (en el 40% restante).¹⁷⁰ Como señala

¹⁶⁸ Ídem, p.248.

¹⁷⁰ Como se ha apuntado anteriormente, Costa Rica presentó en 1981 el caso contra Viviana Gallardo y otras, pero por no haberse tramitado en forma previa el caso ante la Comisión no había emitido un pronunciamiento previo, la Corte se declaró incompetente. Véase, Corte IDH, Asunto de Viviana Gallardo y otras, cit.

¹⁷⁰ Véase Juan E. Méndez, Una Aproximación Crítica a la Interpretación Vigente de los Artículos 50 y 51 de la Convención, *cit.*, pp. 254-255.

Faúndez Ledesma, “[s]i bien la Convención entrega a la Comisión la facultad de resolver, discrecionalmente, si un caso debe o no ser remitido a la Corte, esta potestad no se puede ejercer en forma arbitraria, en violación de los propósitos de la Convención, impidiendo la intervención del tribunal y la posibilidad de que el individuo obtenga un pronunciamiento judicial sobre su petición.”¹⁷¹ Por su parte, En un Plan de Acción preparado por ONGs usuarias del Sistema Interamericano en el año 2000 se señalaba que un mejoramiento real de la situación actual sólo se alcanzaría si la Comisión, mediante la reforma de su propio Reglamento y sin necesidad de abrir un proceso de reforma de la Convención, estableciera el envío de todos aquellos casos en que el estado no cumpla con sus recomendaciones, a menos que sea la propia víctima la que solicite lo contrario.

Sin embargo, en el mismo Plan de Acción de las organizaciones no gubernamentales se consideraba que por el momento ello resultaría impracticable, debido a la escasez de los recursos con que cuentan la Comisión y la Corte. Por ello, y mientras no se produjera un aumento sustancial de los recursos, recomendaban que la Comisión considerara criterios como los siguientes: la importancia y complejidad del caso; la falta de jurisprudencia en la materia; y la existencia de debates significativos sobre ciertas materias, especialmente cuando existe una divergencia entre los tribunales internos o cuando hay fallos divididos en la propia Comisión. De esta manera, la propuesta consistía en que la Comisión discerniera criterios que consideraran la relevancia del caso, ya fuera desde el punto de vista de las innovaciones que el mismo pudiera traer consigo en materia jurídica, como desde la perspectiva de que un pronunciamiento de la Corte pudiera resultar significativo para, por ejemplo, contribuir a poner fin a ciertos tipos de violaciones aun cuando no hubiera un problema jurídico de gran sofisticación en juego.¹⁷² En rigor, no se trataba de ideas nuevas, ya que, en términos parecidos, ellas le habían sido planteadas a la Comisión en diversos foros.

El Reglamento de 2001 fue el primero en establecer pautas para la remisión de casos por la Comisión a la Corte. Así, como regla general, dispuso que cuando un

¹⁷¹ Héctor Faúndez Ledesma, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos* (cit.), pág.598. Se han eliminado dos referencias contenidas en el texto original.

¹⁷² Revísese, Coalición de Organización No-Gubernamentales ante el Sistema Interamericano, *Plan de acción de las Américas para los derechos humanos: un desafío continental, una empresa conjunta*, 2000 (copia del documento en poder del autor).

Estado no haya cumplido el Informe de Fondo de la CIDH, ésta enviará el caso a la Corte. Para que en tales circunstancias no se remita el caso (la excepción a la regla), se determinó como requisito una resolución fundada de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión. Estas regulaciones permanecieron sin modificaciones en el Reglamento de la Comisión de 2009.¹⁷³

Las disposiciones reglamentarias vigentes añaden que para efectos de decidir acaso se produce o no la remisión del asunto, se “considerará fundamentalmente la obtención de justicia en el caso particular”, para cuya determinación se tendrá en cuenta, entre otros aspectos, "a) la posición del peticionario; b) la naturaleza y gravedad de la violación; c) la necesidad de desarrollar o aclarar la jurisprudencia del Sistema; y d) El eventual efecto de la decisión en los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros.”¹⁷⁴ El Reglamento de 2001 incluía un quinto criterio, referido a la calidad de la prueba disponible, el cual fue derogado en la reforma de 2009, puesto que podría ser entendido como que el nivel de prueba exigido por la Corte para atribuir responsabilidades específicas a un Estado sería más elevado que el requerido por la Comisión.

Respecto de la posición del peticionario se establece un mecanismo especial, dándosele un plazo de un mes contado desde la notificación del Informe del artículo 50 para señalar su posición y la de la víctima (si ésta fuera distinta al peticionario) respecto del sometimiento del caso al tribunal, los datos de la víctima y sus familiares, los fundamentos para presentar el caso a la Corte, y sus pretensiones en cuanto a reparaciones y costas.¹⁷⁵

El Reglamento de la Comisión de 2009 recogió la que hasta entonces era una práctica de la Comisión refrendada por la Corte. Me refiero a la concesión de prórrogas por la CIDH al Estado parte en el caso para el cumplimiento de las recomendaciones contenidas en su Informe de Fondo.¹⁷⁶ Desde el primer caso contencioso litigado ante la

¹⁷³ Artículo 45.1 del Reglamento de la Comisión.

¹⁷⁴ Artículo 45.2 del Reglamento de la Comisión.

¹⁷⁵ Artículo 44.3 del Reglamento de la Comisión.

¹⁷⁶ Artículo 46 del Reglamento de la Comisión. Dicha disposición establece lo siguiente: “Suspensión del plazo para el sometimiento del caso a la Corte. La Comisión podrá considerar a solicitud del Estado

Corte – Velásquez Rodríguez- había venido implementándose un sistema de prórrogas. Esto fue refrendado por el tribunal en ese y otros casos subsecuentes.¹⁷⁷ La idea subyacente a tales prórrogas era la de que el Estado que diera pasos relevantes hacia el cumplimiento de la resolución de la CIDH pudiera disponer de tiempo suficiente para hacerla efectiva. La dificultad estribaba en que la Convención Americana fija un plazo de tres meses para el envío del caso a la Corte una vez adoptado el Informe de Fondo por la Comisión, y si esta simplemente concedía la prórroga sin alguna garantía por parte del Estado, este podría, si el caso era enviado finalmente a la Corte, oponer una excepción de caducidad y enervar el juicio.¹⁷⁸

Posteriormente, al tiempo que otorgaba una prórroga, la Comisión comenzó a requerir del Estado una renuncia formal y por escrito a oponer la excepción de caducidad de la acción. Esta fórmula fue asimismo refrendada por la Corte a partir del caso *Ivcher Bronstein*¹⁷⁹ y se transformó en una práctica habitual. Al emprenderse las reformas reglamentarias de 2009, pareció adecuado consagrar esta práctica en el texto.

Como se señalara, aunque la Comisión determine que el estado en cuestión no ha adoptado medidas para dar cumplimiento a sus recomendaciones, mediante una decisión fundada de la mayoría absoluta de sus miembros puede decidir no someter el caso ante la jurisdicción de la Corte. En este caso la Comisión aprobará y notificará a las partes su informe definitivo que contenga sus conclusiones y recomendaciones.¹⁸⁰ Además, la CIDH fijará un plazo a las partes con la finalidad de que presenten un informe sobre el cumplimiento de las recomendaciones.¹⁸¹ La Comisión evaluará el cumplimiento de sus recomendaciones y decidirá por mayoría absoluta de votos sobre la publicación del

interesado la suspensión del plazo previsto en el artículo 51.1 de la Convención Americana para el sometimiento del caso a la Corte, cuando estuvieren reunidas las siguientes condiciones:

a. que el Estado haya demostrado su voluntad de implementar las recomendaciones contenidas en el informe sobre el fondo, mediante la adopción de acciones concretas e idóneas orientadas a su cumplimiento; y

b. que en su solicitud el Estado acepte en forma expresa e irrevocable la suspensión del plazo previsto en el artículo 51.1 de la Convención Americana para el sometimiento del caso a la Corte y, en consecuencia, renuncie expresamente a interponer excepciones preliminares respecto del cumplimiento con dicho plazo, en la eventualidad de que el asunto sea remitido a la Corte.”

¹⁷⁷ Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez (Excepciones Preliminares), cit., párrafo 70.

¹⁷⁸ Sobre esta materia, véase Jo M. Pasqualucci, Jo M. Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge University Press Cambridge, 2003, pp. 157-158.

¹⁷⁹ Corte IDH, Caso Yvcher Bronstein, Sentencia de Fondo, 6 de febrero de 2001, párrafo 16.

¹⁸⁰ Artículo 47.1 del Reglamento de la Comisión.

¹⁸¹ Artículo 47.2 del Reglamento de la Comisión.

informe definitivo y su inclusión en el Informe Anual a la Asamblea General de la OEA o su publicación en cualquier otro mecanismo apropiado.¹⁸² Los mismos pasos recién descritos se siguen cuando el caso se refiera a un Estado de la OEA que no sea parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puesto que no se podrá presentar un caso a su respecto ante la Corte Interamericana.¹⁸³

10. EL CONTROL DE LA LEGALIDAD DE LA TRAMITACIÓN DE CASOS EN LA COMISIÓN

Además de lo ya expuesto a propósito de la Opinión Consultiva N°13 de la Corte Interamericana, ésta ha emitido en el período en análisis dos pronunciamientos por la misma vía acerca de aspectos relativos a la tramitación de casos por la Comisión. El primero de tales pronunciamientos, emitido a través de la Opinión Consultiva N°15, abordó un punto específico, mientras que el segundo, hecho por medio de la Opinión Consultiva N°19, se refirió a la cuestión de la supervisión de manera más general.

La Opinión Consultiva 15 fue emitida por la Corte a solicitud de Chile y se refiere a la cuestión de si la Comisión puede o no, conforme a los términos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, modificar su Informe de Fondo del art. 51 de dicho instrumento. Dicha Opinión Consultiva no estuvo exenta de controversia, ya que fue planteada por Chile inmediatamente después de que en un caso específico tramitado ante la Comisión ésta efectuara una modificación de su Informe del art. 51. Se trataba del Caso Martorell, cuyo libro “Impunidad Diplomática” fue censurado por los tribunales chilenos, lo que llevó a la Comisión a dar por establecida una violación a la libertad de expresión y requerir el levantamiento de la prohibición de circulación de la publicación.¹⁸⁴ En dicho caso, habida cuenta de la existencia de hechos nuevos que llegaron a conocimiento de los peticionarios con posterioridad al Informe del art. 51 y fueron informados entonces a la Comisión, ésta procedió a modificar parcialmente los términos de su resolución. En vez de presentar el caso como tal ante la Corte, el Estado de

¹⁸² Artículo 47.3 del Reglamento de la Comisión.

¹⁸³ Artículo 52 del Reglamento de la Comisión.

¹⁸⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 11/96, Caso 11.230, de 3 de mayo de 1996. El libro se refería a supuestos episodios de corrupción y orgías en las que habrían tomado parte diplomáticos, políticos y empresarios. Sobre este caso se vuelve en el capítulo sobre libertad de expresión.

Chile pidió la mencionada Opinión Consultiva, lo que generó alegaciones de tratarse de un caso contencioso encubierto, como lo sostuvo la Comisión ante el tribunal interamericano. En su justificación de la solicitud de Opinión Consultiva, Chile presentó como antecedentes lo acaecido en el caso Martorell.¹⁸⁵ Además, Chile no cumplió –no lo ha hecho hasta la fecha- con la decisión de la Comisión.

Cabe agregar que una vez que la Opinión Consultiva se encontraba en trámite, Chile formuló un retiro de la misma, señalando que “tras haber realizado ‘un examen más detenido’ de los hechos que lo motivaron a solicitar una opinión consultiva a la Corte, había llegado a la convicción de que no tenía una diferencia de criterio con la Comisión y que no le parecía ‘conveniente ni necesario’ continuar el debate respecto de este asunto.”¹⁸⁶ No obstante, la Corte Interamericana prosiguió con la tramitación de la Opinión Consultiva, en el entendido de que es ella la que posee “la competencia acerca de su competencia”, por lo que el retiro mencionado no le resultaba vinculante. Ante tales circunstancias, el Estado de Chile compareció a la audiencia pública celebrada reafirmando su punto de vista original, en el sentido de que la modificación del Informe del art. 51 realizada por la Comisión infringía el Pacto de San José de Costa Rica.

Para desestimar el argumento de que se estaría frente a un caso contencioso encubierto, la Corte sostuvo que “el hecho de que en la solicitud de opinión consultiva se cite, como antecedente, un caso específico en que la Comisión ha hecho aplicación concreta de los criterios sobre los que el Estado pide respuesta, es un argumento a favor de que la Corte ejerza su competencia consultiva ya que no se trata de especulaciones puramente académicas, sin una previsible aplicación a situaciones concretas que justifiquen el interés de que se emita una opinión consultiva”,¹⁸⁷ añadiendo que ella “no está facultada para entrar al examen de un caso en trámite ante la Comisión y, en la presente solicitud, con mayor razón, el asunto a que se hace referencia no podría ser objeto de conocimiento de esta Corte por tratarse de una causa concluida al haberse incluso publicado el informe del artículo 51 (...).”¹⁸⁸

¹⁸⁵ Corte IDH, Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículo 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-15/97, de 14 de noviembre de 1997, párrafo 2.

¹⁸⁶ Ídem, párrafo 14.

¹⁸⁷ Ídem, párrafo 32.

¹⁸⁸ Ídem, párrafo 33.

En relación con el fondo de la cuestión jurídica planteada, al analizar los informes de la Comisión contemplados en los artículos 50 y 51 del Pacto de San José de Costa Rica, la Corte indica que “[c]omo se desprende de una lectura integral del contexto de la opinión antes mencionada, las expresiones ‘*preliminar*’ y ‘*definitivo*’ son términos puramente descriptivos que no establecen categorías jurídicas de informes, las cuales no están previstas en la Convención.”¹⁸⁹

La Corte añade que cuando ya no es posible para la Comisión o el Estado involucrado el someter el caso a la consideración de la Corte,

“la Comisión continúa conociendo, como único órgano convencional que puede hacerlo. En estas circunstancias, los actos de la Comisión deben responder a los siguientes criterios legales básicos:

- (a) el principio general de que sus actos deben ser equitativos e imparciales respecto de las partes interesadas;
- (b) el mandato de que “*la Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos*”, establecido en el artículo 41 de la Convención;
- (c) sus atribuciones de “*formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos*”, establecidas en el artículo 41.b de la Convención.”¹⁹⁰

En seguida, la Corte señala que aunque “la Convención no prevé la posibilidad de que la Comisión modifique el segundo informe al que hace referencia el artículo 51, tampoco lo prohíbe.”¹⁹¹ Ello no significaría, según la Opinión Consultiva en referencia, que la Comisión posee discreción para efectuar tales modificaciones,¹⁹² sino que dichos

¹⁸⁹ Ídem, párrafo 45. La Corte se refiere, a la denominación usual que se les da a los informes emitidos conforme a los artículos 50 y 51, respectivamente

¹⁹⁰ Ídem, párrafo 47.

¹⁹¹ Ídem, párrafo 51.

¹⁹² Al respecto apunta la Opinión Consultiva: “Esta Corte considera que una interpretación que otorgue a la Comisión el derecho de modificar su informe por cualquier causa y en cualquier momento dejaría al Estado interesado en una situación de inseguridad respecto a las recomendaciones y conclusiones

cambios sólo podrían tener lugar bajo ciertos supuestos excepcionales. La Corte indica que “[u]no de ellos sería el cumplimiento parcial o total de las recomendaciones y conclusiones contenidas en ese informe. Otro sería la existencia en el informe de errores materiales sobre los hechos del caso. Finalmente, otra hipótesis sería el descubrimiento de hechos que no fueron conocidos en el momento de emitirse el informe y que tuvieran una influencia decisiva en el contenido del mismo. Eso implica que no se puede reabrir el debate sobre los mismos hechos anteriores ni sobre las consideraciones de derecho.”¹⁹³

Por último, la Opinión Consultiva se exploya sobre ciertos aspectos procesales necesarios para efectuar tales cambios a los informes, observando que la modificación deberá ser solicitada por los peticionarios o el Estado, que ella tendrá que se planteada antes de la publicación del propio informe y dentro de un plazo razonable a partir de su notificación. Agrega el tribunal que a las partes “se les otorgará la oportunidad de debatir sobre los hechos o errores que motivaron su petición, de acuerdo con el principio de equidad procesal.”¹⁹⁴ La Corte añade que “[n]inguna de las hipótesis antes señaladas en que excepcionalmente se podría modificar el segundo informe implica que la Comisión esté facultada para emitir un tercer informe, lo cual no está contemplado en la Convención.”¹⁹⁵

La Opinión Consultiva 19 fue solicitada a la Corte Interamericana por Venezuela. A requerimiento del tribunal, el Estado reformuló las preguntas, quedando estas en definitiva en los siguientes términos:

1. “¿Existe o no, un órgano dentro del [s]istema [i]nteramericano de [d]erechos [h]umanos que disponga de las competencias necesarias para ejercer el control de la legalidad de las actuaciones de la Comisión [...], ante el cual puedan recurrir los Estados parte[s] de la Convención [...], en defensa de la legalidad?

contenidas en el informe emitido por la Comisión en cumplimiento del artículo 51 de la Convención.”
Ídem, párrafo 53.

¹⁹³ Ídem, párrafo 54.

¹⁹⁴ Ídem, párrafo 55.

¹⁹⁵ Ídem, párrafo 58.

2. En caso de que existiere tal órgano, [Venezuela] desearía conocer ¿[c]uál es dicho órgano y cuales [son] sus atribuciones?”¹⁹⁶

La justificación proporcionada por el Estado radicó en un alegado “estado de indefensión ante cualquier actuación de la Comisión [...], que no estuviere conforme al régimen jurídico internacional al cual ésta debe acatamiento”.¹⁹⁷

En su presentación ante el tribunal, la Comisión hizo saber sus puntos de vista, señalando que resulta necesario diferenciar las funciones que ella posee. Al respecto, la CIDH le solicitó a la Corte que precisara la consulta de la manera que sigue:

- “a) que la consulta se refiere a las funciones cuasi-jurisdiccionales de la Comisión y excluye sus actuaciones consultivas y promocionales, y administrativas;
- b) que los instrumentos a ser interpretados son la Carta de la Organización, la Convención Americana y el Estatuto de la Comisión; y
- c) que las disposiciones particulares a ser interpretadas son los artículos 112 de la Carta, 41 y 44 a 51 de la Convención y 24 del Estatuto citados, a la luz de su contexto.”¹⁹⁸

La Comisión, en su análisis, señala que el régimen en cuyo marco se llevan a cabo sus actuaciones cuasi-jurisdiccionales se encuentra sustentado en tres pilares, compuestos por “a) el diálogo entre los órganos del Sistema, y de éstos con los Estados miembros de la Organización; b) la garantía de independencia funcional de la Comisión y la Corte; y c) las garantías procesales de los procedimientos de petición.”

Finalmente, en cuanto al control de la legalidad del quehacer de la Comisión en el marco de sus actos cuasi-jurisdiccionales, ella señala:

¹⁹⁶ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-19/05, de 28 de noviembre de 2005, Solicitada por la República Bolivariana de Venezuela, Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos), párrafo 4.

¹⁹⁷ Ídem, párrafo 5, citando documento presentado por el Estado ante la Corte.

¹⁹⁸ Ídem, párrafo 13, citando el documento presentado por la Comisión.

- “a) que los Estados americanos no han creado un órgano con el objeto de fiscalizar la legalidad de sus actos cuasi-jurisdiccionales;
- b) que los órganos de control de adherencia con el régimen de legalidad del [s]istema [i]nteramericano son la Comisión y la Corte mismas, en ejercicio de sus facultades inherentes y concurrentes en materia de peticiones individuales; y
- c) que la función consultiva de la Corte constituye un mecanismo adicional de diálogo respecto del régimen de legalidad para el procedimiento de petición individual.”¹⁹⁹

Ningún Estado presentó observaciones durante la tramitación de la Opinión Consultiva; en cambio, sí lo hizo una serie de instituciones y personas mediante *amicii curiae*.

Al abordar el asunto planteado, la Corte resalta la independencia y autonomía de los órganos de derechos humanos del Sistema Interamericano²⁰⁰, observando que la relación entre ambos se da a propósito del trámite de peticiones (aunque las facultades de uno y otro órgano sean diferentes a este respecto).²⁰¹ Es sólo en relación con este último aspecto, observa la Corte, que ella “tiene la facultad de revisar si se han cumplido, por parte de la Comisión, las disposiciones contenidas en la Convención Americana y en los diversos instrumentos interamericanos de derechos humanos.”²⁰² En este ámbito, agrega, “la Comisión debe respetar los lineamientos establecidos en la Carta de la OEA (artículo 106), la Convención Americana (artículos 41.f, 44 a 51), el Estatuto (artículos 23 y 24) y el Reglamento del propio órgano, que determinan el marco para la legalidad de sus procedimientos.”²⁰³

El tribunal también sostiene que

¹⁹⁹ Ídem.

²⁰⁰ Ídem, párrafo 25.

²⁰¹ Ídem, párrafo 24.

²⁰² Ídem, párrafo 25.

²⁰³ Ídem, párrafo 26. La Corte añade que “[e]l trámite de las peticiones individuales se encuentra regido por garantías que aseguran a las partes el ejercicio del derecho de defensa en el procedimiento. Tales garantías son: a) las relacionadas con las condiciones de admisibilidad de las peticiones (artículos 44 a 46 de la Convención), y b) las relativas a los principios de contradicción (artículo 48 de la Convención) y equidad procesal. Igualmente es preciso invocar aquí el principio de seguridad jurídica (artículo 39 del Reglamento de la Comisión).” (párrafo 27).

La resolución final del litigio, a través de una sentencia, corresponde a la Corte Interamericana. Ante ésta alegará el Estado lo que estime pertinente para la defensa de sus derechos y la cabal observancia de la legalidad en la tramitación y solución de la controversia, ajustándose para ello a las estipulaciones contenidas en la Convención y en otros ordenamientos que integran el *corpus juris* del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, particularmente el Estatuto y el Reglamento de la Corte. Por este medio, el Tribunal ejerce la función controladora que explícitamente le confieren esos instrumentos.²⁰⁴

Al respecto, cabe observar que si bien la Comisión no envía a la Corte todos los casos que decide respecto aquellos países que han reconocido la jurisdicción contenciosa de esta última, siempre está la posibilidad para el Estado respectivo de hacerlo, a pesar de que, en la práctica, ellos no hayan ejercitado este poder. Una situación distinta, a la que no se refiere el tribunal interamericano, es la de aquellos Estados que no han reconocido su jurisdicción contenciosa, respecto de los cuales la Comisión no puede presentar demandas ante la Corte.

La Opinión Consultiva en análisis también se refiere al resto de los amplios poderes que posee la Comisión conforme al artículo 41 de la Convención Americana en materia de protección y promoción de los derechos humanos, a las que nos hemos referido anteriormente en este trabajo. Sobre este particular, el tribunal señala que en el despacho de tales atribuciones, “de acuerdo con lo dispuesto en la Convención, la Comisión debe rendir un Informe Anual a la Asamblea General de la Organización. En éste se da cuenta sobre las sesiones de la Comisión, visitas e informes relacionados con países y con temas específicos, peticiones y casos individuales sometidos a aquella, medidas cautelares, peticiones admitidas, soluciones amistosas, cumplimiento de recomendaciones, planteamientos ante la Corte, solicitud de medidas provisionales e intervención en casos contenciosos, entre otros asuntos. En el marco de su relación con la OEA, los Estados tienen la facultad de presentar ante los órganos competentes de esa organización, particularmente la Asamblea General, todas las observaciones que estimen pertinentes respecto de la actuación de la Comisión en materia de derechos humanos (...).²⁰⁵

²⁰⁴ Ídem, párrafo 28.

²⁰⁵ Ídem, párrafo 30.

11. LA CREACIÓN DE UN FONDO PARA EL LITIGIO ANTE LA COMISIÓN

Aunque entró en vigor en 2011, es decir, después del período cubierto por esta tesis, por su importancia mencionaremos brevemente lo referido al Fondo para la litigación de casos ante la Comisión. Este Fondo está destinado a proporcionar un adecuado acceso a la justicia a los peticionarios respecto de aquel órgano respecto del cual existe la posibilidad de recurrir directamente. Se trata de una iniciativa que estuvo en discusión durante mucho tiempo, y que vino a concretarse recién una vez que los órganos políticos de la OEA finalmente mostraron disposición a establecer a un mecanismo de esta naturaleza tanto para el litigio en la Comisión como en la Corte Interamericana. Como explicaremos a propósito de la tramitación de casos en dicho tribunal, las modificaciones en los roles de las víctimas y de la propia Comisión en los casos ante la Corte (que refuerza el papel de aquellas) hicieron imprescindible dar este paso, sin el cual las nuevas disposiciones reglamentarias de la Corte hubieran carecido de viabilidad para ser implementadas. En este nuevo escenario, la puesta en marcha de un Fondo paralelo en la Comisión se vio favorecida.

La Comisión dictó un Reglamento específico para regular el mencionado Fondo.²⁰⁶ Dado el gran volumen de denuncias que se presentan, para hacer viable la operación del Fondo, las disposiciones reglamentarias establecen que sólo se podrá postular al mismo una vez que la denuncia haya sido declarada admisible o que la Comisión haya decretado la acumulación de admisibilidad y fondo.²⁰⁷ El Reglamento añade que los recursos que se obtengan por el mencionado Fondo serán destinados “a la recolección y remisión de documentos probatorios, así como los gastos relacionados con la comparecencia de la víctima, testigos o peritos a audiencias ante la Comisión”²⁰⁸; según se aprecia, la posibilidad de destinar tales recursos para la contratación de abogados no se contempla expresamente, puesto que existen numerosas instituciones que proveen esa representación sin costo. No obstante, el Reglamento deja abierta la

²⁰⁶ Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/ReglamentoCIDH.FondoAsistenciaLegal.htm>, el cual entró en vigor el 1 de marzo de 2011.

²⁰⁷ Reglamento del Fondo de Asistencia Legal, artículo 2.

²⁰⁸ Ídem, art. 4.

posibilidad de que ello eventualmente ocurra, ya que por medio de una cláusula general se dispone que también se podrán destinar los recursos del Fondo “a otros gastos que la Comisión estime pertinentes para el procesamiento de una petición o de un caso.”²⁰⁹

No obstante, la implementación efectiva del Fondo se ha visto seriamente limitada por la insuficiencia de los aportes estatales para su adecuado funcionamiento. Los aportes de los Estados han sido escasos y, desde luego, notoriamente inferiores a las necesidades en la materia.

12. LA DURACIÓN DEL PROCEDIMIENTO EN LA COMISIÓN

Como hemos descrito en este capítulo, las transformaciones del sistema de casos en la Comisión han incluido el establecimiento de una serie de plazos que no aparecen contemplados en la Convención Americana. Esta sólo los establece para las etapas finales de la tramitación de casos en el organismo mencionado. La CIDH ha fijado dichos plazos a través de sucesivas reformas a su Reglamento.

Sin embargo, si se aprecia el asunto con detenimiento se observará que los plazos que ha venido estipulando la Comisión se refieren a las partes en el litigio y no a ella misma. En efecto, bajo las reglas actualmente en vigor, los peticionarios y los Estados que toman parte en un caso se ven sujetos a una serie de plazos, tanto en la fase de admisibilidad como en la de fondo, cosa que no ocurre con la propia CIDH, que debe atenerse exclusivamente a los términos que le impone la Convención Americana en relación con sus Informes de los artículos 50 y 51 de dicho instrumento internacional.²¹⁰

Sin perjuicio de que tanto desde los Estados como desde la sociedad civil se han efectuado diversas observaciones acerca de los plazos establecidos y las prórrogas a ellos, la determinación misma de plazos ha sido bienvenida, considerándosela como un paso adelante para una mayor formalidad e institucionalización del sistema de casos en la

²⁰⁹ Ídem.

²¹⁰ Una sistematización acerca de la duración de la tramitación de los casos en el período 2001-2006, en: Basch, Fernando, Filipinni, Leonardo; Laya, Ana; Nin, Mariano; Rossi, Felicitas y Schreiber, Bárbara, La Efectividad del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Un Enfoque Cuantitativo sobre su Funcionamiento y sobre el Cumplimiento de sus Decisiones, en: *SUR – Revista Internacional de Derechos Humanos*, N°12, Sao Paulo, junio 2010, pp.9-35, especialmente pp.24-25.

CIDH. No obstante, desde diversos sectores se ha planteado la necesidad de que la Comisión se dé también a ella misma ciertos plazos.

En este sentido, en el documento del Consejo Permanente de la OEA de 2009 sobre el proceso de reflexión acerca del Sistema Interamericano de Derechos Humanos –al cual hemos venido haciendo mención-²¹¹, se señalan entre las consideraciones generales “la necesidad de que existan plazos para que la CIDH resuelva sobre la admisibilidad de un caso, ya que su actual inexistencia puede provocar inseguridad jurídica entre todos los actores”, así como se sostiene que “[l]a incertidumbre en los plazos deteriora la legitimidad y confianza en el sistema” y que “[e]l retraso en el envío repeticiones a los Estados ha sido la razón por la cual los Estados han recibido recientemente muchas peticiones presentadas hace varios años.”²¹² Entre las propuestas al respecto, el documento en mención incluye el “establecer plazos concretos a lo largo del proceso para garantizar el debido proceso y permitir una adecuada solución a las peticiones en forma oportuna” y el “[e]stablecer un plazo para que la CIDH envíe a los Estados las peticiones iniciales.”²¹³

Desde la sociedad civil, en un documento elaborado en 2008, en el contexto del debate sobre reformas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, CEJIL –el usuario más frecuente del mismo - concordaba en la relevancia de esta situación, apuntando al respecto que “es positivo que se establezcan plazos para la tramitación de casos individuales que se encuentran en las distintas etapas del procedimiento.” Sin embargo, el mismo documento observa la relación entre la cuestión de los plazos para la Comisión y las serias limitaciones financieras de esta, señalando que “[s]in duda, la demora procesal que actualmente existe en la CIDH resulta en gran parte de su falta de recursos financieros y humanos; por ello, sería ilusorio establecer plazos para el procesamiento de casos mientras subsiste esta situación.”²¹⁴

Como alternativa, la misma organización no-gubernamental plantea otros mecanismos para agilizar la tramitación de casos que a su juicio no necesariamente

²¹¹ *Resultados del Proceso de Reflexión sobre el Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos (2008-2009)* (cit.).

²¹² Todas las referencias anteriores son de *ídem*, página 12.

²¹³ *Ídem*.

²¹⁴ Ambas citas están tomadas de CEJIL, *Aportes para la reflexión sobre posibles reformas al funcionamiento de la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Documentos de Coyuntura N°5, Buenos Aires, 2008, pág. 27.

implicarían recursos financieros adicionales, tales como “la simplificación del formato de la determinación de admisibilidad siguiendo el ejemplo del sistema europeo; la acumulación de procesos para efectos de la emisión del informe de admisibilidad o de fondo; la promoción de soluciones amistosas de grupos de casos que tienen un origen común, como la aplicación de una normativa abiertamente contraria a la Convención Americana; la acumulación de instancias procesales, etc.”²¹⁵

Por su parte, en el documento del Instituto de Defensa Legal, la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos del Perú, CELS y la Fundación para el Debido Proceso Legal, elaborado también a propósito de la reforma del Sistema Interamericano, se indica que “los plazos en los procedimientos internacionales no pueden ser tan rígidos ni se pueden entender de la forma absoluta como se hace en el derecho interno. Siendo el SIDH la instancia última de justicia para muchas personas, los casos no pueden decidirse con la aplicación de consecuencias procesales por el paso del tiempo en contra de las propias víctimas.” Añade el documento que “[n]i la inacción del peticionario ni el paso de cierto tiempo sin que la CIDH tome una decisión sobre la admisibilidad o el fondo de un caso pueden sustituir la decisión que se debe tomar que, en nuestro criterio, debe estar basada en la verificación de los requisitos de procedencia de la decisión de admisibilidad o fondo y en la aplicación del principio *pro persona*.”²¹⁶

El documento en análisis también observa que “en tanto la CIDH es una instancia cuasi judicial, que combina el trámite de casos con otros mecanismos, todos orientados a mejorar la protección de los derechos humanos en los Estados de la OEA, la decisión respecto de avanzar o no en un caso también puede tomarse en función de la elección de otro mecanismo que pueda resultar más eficaz para resolver una determinada situación.” Si se establece un plazo fijo –agrega el documento–, la posibilidad de optar entre emitir un informe temático o avanzar en un caso que ilustra la temática tratada en el informe estaría determinada por el plazo para la adopción del informe de admisibilidad o fondo y no por el análisis de cuál herramienta resulta más

²¹⁵ Ídem.

²¹⁶ Ambas referencias están tomadas de Instituto de Defensa Legal, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (Perú), CELS y Fundación para el Debido Proceso Legal, *Comentarios sobre las propuestas de reforma al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, s/f., pág.5.

eficaz en las circunstancias concretas del país. Esto desaconseja el establecimiento de plazos fijos y rígidos para que la CIDH tome sus decisiones.”²¹⁷

Una primera observación que debe ser hecha, de carácter específico, se refiere a la mención hecha por el documento de los Estados acerca de la notificación tardía de denuncias presentadas hace varios años. Como explicáramos anteriormente, la Comisión estableció en 2007 un Grupo encargado de acelerar la tramitación de los casos rezagados que se encontraban en la fase inicial del procedimiento. Cabe señalar que esta unidad fue creada a partir de recursos financieros externos a la OEA. Esto condujo al archivo y a la desactivación de numerosas denuncias, así como a la notificación a los Estados de otras, que efectivamente hace sido presentadas hacía muchos años. La alternativa hubiera consistido en que, atendido el lapso transcurrido, la CIDH cerrara la tramitación de propia iniciativa. Sin embargo, la Comisión carece del poder para dicho efecto,²¹⁸ lo que por lo demás supondría una contravención de la Convención Americana, que estipula un acceso general a dicho órgano. La labor de revisión de los casos muy antiguos concluyó en 2009, por lo que en lo sucesivo, y siempre que la Comisión continúe disponiendo de recursos externos para dicho efecto, dicho fenómeno no debiera repetirse. Esto no significa, con todo, que la tramitación en la actualidad sea expedita, ya que la tramitación continúa extendiéndose durante largo tiempo.

13. EL CUMPLIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES ADOPTADAS POR LA COMISIÓN BAJO EL SISTEMA DE CASOS

Si bien el nivel de acatamiento de las resoluciones de los órganos de derechos humanos del Sistema Interamericano ha mejorado al comparárselo con la época en que imperaban numerosas dictaduras en el Continente, la situación dista mucho todavía de ser satisfactoria. Lo más curioso del asunto es que, contrastada con la situación actual, durante las dictaduras existía una mayor iniciativa de parte de los órganos políticos de la OEA por respaldar las decisiones de la Comisión (ya que la Corte aún no dictaba sentencias en casos contenciosos). Ello ocurría porque aquellos Estados que no tenían regímenes dictatoriales hacían esfuerzos serios para que el actuar de la Comisión fuera

²¹⁷ Ídem, pp.5-6.

²¹⁸ La Comisión, a diferencia de los tribunales de algunos Estados (siendo el ejemplo más conocido en de la Corte Suprema de Estados Unidos), no posee facultades para proceder *a certiorari*, esto es, para seleccionar los casos de los que conoce.

efectivo. Hoy en día, en cambio, cuando los regímenes políticos han tendido a asimilarse en el hemisferio, los Estados evitan entrar en conflicto entre ellos. Esto ha llevado a que los órganos políticos de la OEA no operen realmente como garantes colectivos del Sistema.

Por lo que se refiere al cumplimiento de las resoluciones de la Comisión bajo el sistema de casos, cabe observar en primer término que la Corte Interamericana ha señalado de manera reiterada que

en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función “*promover la observancia y la defensa de los derechos humanos*” en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y 111).²¹⁹

A ello cabe añadir que existe una vía para que un Estado que discrepe del contenido de un Informe de Fondo de la Comisión pueda continuar adelante con la revisión del mismo sin incurrir en una situación de incumplimiento. En efecto, los Estados poseen la facultad de enviar un caso contencioso para conocimiento de la Corte si difieren del criterio de la Comisión. Sin embargo, hasta la fecha nunca han ejercitado dicha facultad. Incluso es posible para un Estado hacer un reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de la Corte para un caso particular.²²⁰

En la última década se ha vuelto poco frecuente que los Estados aleguen la falta de obligatoriedad de las resoluciones de la Comisión, como hacían antes. Incluso, la Asamblea General de la OEA ha adoptado varias resoluciones llamando a los Estados a

²¹⁹ Corte IDH, Caso Loayza Tamayo, cit., párrafo 80. La Corte ha reiterado con posterioridad esta jurisprudencia en diversas oportunidades.

²²⁰ Art. 62.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

implementar las decisiones de los órganos de derechos humanos del Sistema Interamericano.²²¹ Cabe tener en consideración además que a través de las prórrogas que concede a los Estados para dar cumplimiento a las recomendaciones contenidas en sus informes de fondo, a CIDH procura dar cierta flexibilidad al respecto. Sin embargo, estos desarrollos positivos no se han traducido en un salto cualitativo en cuanto a la efectividad de las decisiones de dicho organismo.

Desde el año 2000, la Comisión Interamericana lleva una estadística del grado de cumplimiento de sus resoluciones de fondo. Se trata únicamente de aquellos casos que la Comisión no remite a la Corte, ya que cuando así lo hace no publica un Informe de Fondo. Para este fin, en sus informes anuales la CIDH distingue entre cumplimiento total, cumplimiento parcial e incumplimiento. Si se observa la estadística proporcionada por la propia CIDH en tales informes, se apreciará que en la gran mayoría de los casos existe un cumplimiento solo parcial de sus decisiones bajo el sistema de casos.²²² El pago de una indemnización es la modalidad de cumplimiento más frecuente, mientras que la adopción de reformas legislativas y especialmente la investigación a fondo de las violaciones a los derechos humanos y la sanción de sus perpetradores son aquellas respecto de las cuales los Estados se muestran más renuentes a darles cumplimiento.²²³ En un estudio reciente se ha sistematizado la información acerca del cumplimiento de resoluciones de la Comisión y la Corte entre los años 2001 y 2006, tanto de manera general como en función del tipo de medida dispuesta, distinguiéndose la conducta en la materia de los diferentes países, el plazo que tardan en su implementación y en qué medida influye el que el denunciante lo haga a título individual, que esté representado por una ONG nacional, una ONG internacional, una Defensoría del Pueblo o una clínica jurídica universitaria.²²⁴

²²¹ Véase, AG/RES. 2290 (XXXVII-O/07), Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 5 de junio de 2007; AG/RES. 2409 (XXXVIII-O/08), Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 3 de junio de 2008; AG/RES. 2522 (XXXIX-O/09), Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 4 de junio de 2009; AG/RES. 2601 (XL-O/10), Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 8 de junio de 2010.

²²² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 2010, Capítulo III.

²²³ Desde la sociedad civil se ha llamado especialmente la atención acerca de este último aspecto, por la importancia que posee. Véase, CEJIL, *Aportes para la reflexión sobre posibles reformas* (cit.), pág.11.

²²⁴ Basch, Fernando, Filipinni, Leonardo; Laya, Ana; Nin, Mariano; Rossi, Felicitas y Schreiber, Bárbara, *La Efectividad del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos* (cit.).

CAPÍTULO IV: CAMBIOS EN EL PROCEDIMIENTO DE CASOS EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1. INTRODUCCIÓN

Durante los últimos diez años ha tenido lugar una significativa expansión del volumen de casos de los que conoce la Corte Interamericana. Ello ha ocurrido fundamentalmente desde que la Comisión, conforme al Reglamento que adoptara en 2001, estableció como regla general la remisión de un caso a la Corte cuando el Estado respectivo no haya dado cumplimiento satisfactorio a su Informe de Fondo, norma que se mantuvo en el Reglamento de la Comisión de 2009. A ello se suma la creciente participación de las víctimas en el litigio contencioso ante la Corte, así como un papel cada más activo de parte de los Estados. A ello se agrega una creciente diversidad temática de los casos.²²⁵

Los factores anteriores han conducido a una serie de transformaciones en el tratamiento de los casos por la Corte Interamericana, los cuales dicen relación con los roles de las víctimas, la Comisión y los Estados, las etapas procesales, aspectos relativos a la prueba, y otras materias, los cuales revisaremos a continuación.

2. ROLES DE LAS PARTES EN EL LITIGIO DE CASOS ANTE LA CORTE

Como explicaremos más adelante, a lo largo de la historia de la tramitación de casos contenciosos en la Corte Interamericana ha ido variando el papel que desempeñan las partes, especialmente los representantes de las víctimas. En los últimos años, esta reflexión se ha extendido también al rol de la Comisión en dicho contexto.

²²⁵ El ex Presidente de la Corte Interamericana Antonio Cançado Trindade lo describe en los siguientes términos: “En sus primeros años, según recuerdo, la mayoría de los casos [de los que conocía la Corte Interamericana] decían relación con el Derecho a la Vida: básicamente un ciclo de casos referidos a desaparición forzada de personas y a tortura (...) luego, a partir de mediados de los años noventa, comenzó una nueva generación de casos contenciosos referidos al Debido Proceso, al Derecho a un Juicio Justo y al Derecho a un Recurso Adecuado. Así, la Corte desarrolló considerablemente su jurisprudencia acerca de esta piedra angular del acceso a la justicia internacional. En la segunda mitad de los noventa, empezó a diversificar su jurisprudencia con otros tipos de casos, referidos al Derecho de Propiedad, el Derecho a la Libertad de Expresión y el Derecho de Circulación.” Lauri R. Tanner, Interview with Judge Antonio Cançado Trindade, Inter-American Court of Human Rights, *Human Rights Quarterly* Vol.31, 2009, pp.985-1005; la referencia es de pág.988. La traducción es mía.

De manera genérica, los Estados han planteado al respecto la necesidad de redefinir “el rol de la CIDH y la participación de la víctima presentando alegatos y/o pruebas, de tal manera que se garantice la equidad procesal”, observando además la relevancia de “[m]antener un equilibrio procesal en los casos en trámite ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, teniendo en cuenta la diferencia de medios entre Estados y presuntas víctimas.”²²⁶

Por su parte, desde la sociedad civil se ha enfatizado la desigualdad inherente, previa incluso al litigio de casos a nivel internacional, entre víctimas y Estados, señalándose que “[l]a víctima de violaciones de derechos humanos se enfrenta a una estructura estatal que tiene el monopolio de actuación en varios y vastos campos de la actividad pública, y que además cuenta con una estructura política, económica y de recursos materiales y humanos incomparablemente superiores a la de su contraparte en el litigio”, añadiéndose que “muchas veces la víctima enfrenta al Estado a nivel internacional, como consecuencia de situaciones de violaciones endémicas cuya resolución implica modificaciones profundas de estructuras, normas, políticas y prácticas. La denuncia de estas situaciones genera en ocasiones respuestas adversas por parte de sectores con poder fáctico, generando riesgos a la integridad y la vida de los/as reclamantes y los abogados/as que los patrocinan.”²²⁷ A partir de esta base, el documento en análisis concluye al respecto que “[s] Sin perjuicio del respeto a garantías sustanciales y procedimentales y a la seguridad jurídica, es claro que construir reglas y mecanismos sobre la base de la idea de dos sujetos en condición de igualdad enfrentados en el proceso, significa construirlas sobre una falsa realidad y en contradicción con el fundamento del derecho de los derechos humanos. Por el contrario, es en base al reconocimiento de ese desequilibrio real que tiene que garantizarse el efecto útil de la protección.”²²⁸ En el mismo sentido se han pronunciado otras organizaciones de la sociedad civil, al apuntar que “no sería aceptable una reforma que

²²⁶ Ambas referencias son del documento elaborado por un conjunto de Estados Miembros de la OEA, titulado Resultados del Proceso de Reflexión sobre el Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos (2008-2009), OEA/Ser.G, CP/CAJP-2665/08 rev. 8 corr.1, 16 de marzo de 2009, pág. 18.

²²⁷ CEJIL, *Aportes para la reflexión sobre posibles reformas al funcionamiento de la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Documento de Coyuntura N°5, Buenos Aires, 2008, pág.20.

²²⁸ Ídem.

pretendiera “igualar” al Estado y al peticionario ante las instancias internacionales, pues ello desconocería el desequilibrio real entre el Estado y los peticionarios o víctimas y, en la práctica, significaría una desigualdad mayor en perjuicio de los peticionarios o de las víctimas que acuden al SIDH.”²²⁹

En los apartados siguientes describiremos los cambios que han tenido lugar respecto del rol de las partes a través de la evolución del Sistema Interamericano, incluyendo una serie de aspectos específicos que han formado parte del debate, hasta llegar al estado actual de cosas, reflejado en el Reglamento de la Corte que entró en vigor en 2010.

a) Rol de las víctimas en el litigio de casos ante la Corte

Como hemos descrito anteriormente en este trabajo, en una fase inicial el papel de las víctimas en los casos contenciosos radicados en la Corte Interamericana se limitaba a que sus abogados actuaran como asesores de la Comisión. Esto ha ido siendo transformado de manera paulatina.

Así, a partir de 1997, la Corte Interamericana, mediante la modificación de su Reglamento, les concedió autonomía a las víctimas en la fase reparatoria de la tramitación de casos contenciosos. Con ello se dio un paso adelante, tanto hacia el reconocimiento efectivo de la calidad de sujetos de derecho internacional de los individuos como hacia un sistema más racional que evite conflictos de intereses y dualidad de roles de parte de la Comisión. En el pasado, durante la etapa de reparaciones, era la Comisión la que tenía la última palabra para expresar las peticiones de la parte demandante, mientras que en la actualidad lo que digan o deseen negociar las víctimas ha pasado a adquirir centralidad.²³⁰

²²⁹ Instituto de Defensa Legal, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (Perú), CELS y Fundación para el Debido Proceso Legal, *Comentarios sobre las propuestas de reforma al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, s/f., pág.5.

²³⁰ Desde luego, si las partes no se ponen de acuerdo en los términos de las reparaciones, será la Corte la que resuelva en definitiva, pero tendrá frente a ella todos los argumentos, incluyendo los de las víctimas. Cfr., Claudio Nash Rojas, *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 2003.

Esta decisión de la Corte dejó, sin embargo, incompleta la tarea, ya que en todos los otros momentos del proceso las víctimas continuaban interviniendo como asesores de la Comisión. En efecto, durante la tramitación del caso ante ella, la CIDH opera como un órgano de carácter semi-judicial encargado de su decisión, siendo las partes los peticionarios y el Estado. Pero una vez que la Comisión enviaba el caso a la Corte, aquella aparecía, por así decirlo, "fusionada" con los peticionarios, que se transformaban en sus asesores, llevando a cabo todas las actuaciones procesales (demanda y otros escritos, presentación de la prueba, alegatos orales, etc.) en conjunto con la CIDH. La propia Comisión manifestó en numerosas ocasiones la inconveniencia de esta situación, que ella mantenía para asegurar alguna forma de participación de la víctima en la Corte.

Desde el punto de vista de la víctima la situación era muy compleja, ya que ella quedaba, en último término, entregada a lo que decidiera la Comisión acerca de las distintas actuaciones en el proceso. Ya al momento de preparar la demanda se planteaba un problema para las víctimas: solía ocurrir que la CIDH solo hubiera acogido la denuncia respecto de la violación de algunos derechos, desechando las alegaciones efectuadas acerca de otros; si tal era el caso, mal podría la Comisión invocar ante la Corte la violación de derechos que ella misma no había considerado tales. No obstante, esto era precisamente lo que las víctimas a menudo hubieran hecho de haber podido.

El Reglamento de la Corte que entró en vigor en 2001 avanzó significativamente en esta materia, al reconocer a las víctimas el derecho a participar en forma autónoma durante todo el proceso. No se concedió, sin embargo, acción popular como en el caso del acceso a la Comisión (ante la cual cualquiera puede presentar una denuncia), para lo cual se requeriría una reforma de la Convención Americana. Esto fue recogido en el Reglamento de la Corte de 2010, que dispone que “[d]espués de notificado el escrito de sometimiento del caso (...) las presuntas víctimas o sus representantes podrán presentar de forma autónoma su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas y continuarán actuando de esa forma durante todo el proceso.”²³¹

²³¹ Art. 25. 1 del Reglamento de la Corte.

A partir del Reglamento de la Corte de 2001 y conforme asimismo al Reglamento de 2010, las víctimas intervienen en cada uno de los actos del proceso en el tribunal interamericano. Esto incluye el presentar sus propios escritos a lo largo del proceso, el proponer e interrogar a testigos y peritos, intervenir en las audiencias orales, etc. Bajo el segundo de los reglamentos mencionados ello se ha visto reforzado, puesto que son los abogados de las víctimas las que llevan el peso principal en los aspectos señalados, operando la Comisión ya no como parte en el caso, sino como representante del interés público interamericano, según se describe más adelante.

Cabe observar que si bien los abogados de las víctimas deben circunscribirse a los hechos señalados por la Comisión en el Informe de Fondo que esta ha remitido a la Corte, ellos pueden efectuar un análisis jurídico distinto al de la CIDH, alegando, por ejemplo, que otros derechos humanos han sido violados además de los mencionados por ésta o que un mismo derecho ha sido violado de maneras adicionales a las sostenidas por ella. En diversas ocasiones ha ocurrido que la Corte ha acogido alegaciones de parte de las víctimas que no habían sido planteadas por la Comisión.²³²

b) Rol de la Comisión en el litigio de casos ante la Corte

El hecho de que los representantes de las víctimas adquirieran el derecho a actuar de manera autónoma durante la tramitación de casos contenciosos en la Corte a partir del Reglamento de 2001 abrió un debate acerca del rol de la Comisión Interamericana al respecto. Cuando el mencionado Reglamento entró en vigor, la Corte les reconoció a los representantes de las víctimas en las audiencias públicas sobre casos contenciosos un lapso de tiempo similar al asignado a la Comisión y al Estado respectivo. Sin embargo, el tribunal modificó posteriormente esa práctica, asignándole al Estado un lapso de tiempo igual al de la Comisión y los representantes de las víctimas juntos. Dicho de otra manera, conforme a la práctica que se estableció, las víctimas y la

²³² En el primer sentido, esto es, el de derechos invocados por las víctimas sin que lo hiciese previamente la Comisión, resalta el Caso Herrera Ulloa, en que, además del derecho a la libertad de expresión – planteado por la Comisión –, la Corte acogió el argumento de las víctimas respecto del derecho a las garantías judiciales, señalando que el sistema de recursos tal como le había sido aplicado al Sr. Herrera Ulloa transgredía la Convención Americana. Cfr., Corte IDH, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentencia de 2 de julio de 2004. En el segundo sentido, puede mencionarse, entre otros, el Caso Palamara, en que la Corte acogió la alegación de la víctima de que las reformas emprendidas a esa fecha por Chile en materia de normas de desacato eran insuficientes. Véase, Corte I.D.H., Caso Palamara Iribarne vs. Chile, sentencia de 22 de noviembre de 2005, especialmente párrafos 90 y siguientes.

Comisión –consideradas por separado- pasaron a disponer de la mitad de tiempo que el Estado y sumados los tiempos asignados a víctimas y CIDH ellos pasaron a equivaler al reconocido al Estado. La decisión de la Corte de emprender este cambio descansaba en el supuesto de las pretensiones de las víctimas y la Comisión confluían en lo sustancial.

En este contexto, durante la primera década del presente siglo se estuvo debatiendo la posibilidad de cambiar el rol desempeñado por la Comisión en el litigio de casos en la Corte. En el debate se emplearon fórmulas tales como que la Comisión debería operar como una suerte de ministerio público (no penal) ante la Corte o bien que su papel tendría que ser el de representar el interés público. Cabe subrayar que, a diferencia de lo acaecido con la adopción de anteriores reglamentos de la Corte y la Comisión (incluso los de 2001, que fueron adoptados en fechas cercanas sólo por coincidencia), en el debate que precedió a los nuevos reglamentos de la Comisión y la Corte existió coordinación entre ambos órganos al respecto. La sociedad civil también expresó sus puntos de vista al respecto.

Desde luego, la cuestión del papel que la Comisión desempeña en el litigio de casos ante la Corte tiene varias importantes dimensiones. Por una parte, se trata de un rol establecido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la que dispone que “[s]ólo los Estados partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.”²³³ En este sentido, no puede menos que entenderse que la Comisión extiende su rol de velar por la protección de los derechos humanos a la litigación de casos contenciosos ante la Corte. La pregunta es acerca de los alcances que ese rol de protección posee en dicho ámbito, y más aun en un contexto cambiante acerca del papel de las víctimas como el que tiene lugar actualmente.

Uno de los aspectos a considerar concierne a la formulación de los aspectos jurídicos del caso por parte de la Comisión. Este parece ser el aspecto menos controvertido, ya que obviamente la Comisión debe continuar presentando sus puntos de vista a la Corte. Desde luego, así lo establece la propia Convención Americana, en la disposición recién citada, puesto que “someter un caso” implica dar a conocer el sustento para el sometimiento.

²³³ Artículo 61.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De allí en adelante se suscitan varias cuestiones, que fueron recogidas en los debates que precedieron a la adopción del Reglamento de la Corte de 2010. En cuanto al inicio mismo del proceso judicial, ¿bajo qué forma se somete el caso a la Corte? ¿De la misma manera en que se había venido haciendo desde el primer caso contencioso, esto es, como una demanda propiamente tal? ¿O podría ser suficiente que la Comisión enviara a la Corte su Informe de Fondo sobre el caso, con las consideraciones adicionales que fuera procedente realizar (por ejemplo, señalando su punto de vista acerca de la competencia *ratione temporis* del tribunal, que puede ser diferente al de la Comisión)?

También se planteó la cuestión de las formas y los momentos en que la Comisión debería hacer ver sus puntos de vista a lo largo del proceso. Como hemos indicado, históricamente la Comisión intervenía haciendo valer sus argumentos en todas las etapas procesales del juicio ante la Corte. La pregunta que se planteó fue si sería suficiente que la Comisión los presentara al terminar la fase de prueba y/o inmediatamente antes de la sentencia.

Otro aspecto del debate se centró en el rol de la Comisión en relación con la prueba. La CIDH jugó históricamente un papel central en la producción de prueba, puesto que las víctimas no podían actuar de manera autónoma. Una vez que se reconoció dicha autonomía, la Comisión continuó desempeñando un papel de importancia, especialmente debido a que aportaba recursos financieros para ella, en particular para llevar a testigos y peritos a la(s) audiencia(s). La pregunta que se planteó, entonces, fue acaso resultaba imprescindible que la Comisión continuara participando en los mismos términos en la rendición de la prueba.

Según fue desarrollándose el debate, quedó claro que la respuesta a algunas de las preguntas anteriores parecía depender, a lo menos parcialmente, de que las víctimas dispusieran de medios adecuados para defender sus derechos. Esto se refiere tanto a su representación por abogados(as) preparados(as) para tales efectos como a la producción de la prueba, que por las características internacionales del litigio es sumamente

onerosa.²³⁴ La creación de un Fondo de Litigio para las víctimas resultaba, en este sentido, indispensable ya sin ella mal podría modificarse el rol de la Comisión en la dirección anotada, puesto que significaría dejar en la indefensión a las víctimas. Sobre el Fondo de Litigio nos referiremos en otro apartado.

En definitiva, de acuerdo al nuevo Reglamento de la Corte de 2010 el papel de la Comisión en el litigio de casos ante aquella quedó circunscrito a los aspectos jurídicos de los mismos, en los que la CIDH proporciona su experticia en la materia. Por lo que se refiere a las víctimas, estas, además de presentar sus propios argumentos jurídicos (lo que ya hacían desde el Reglamento de la Corte de 2001), lidiarán de manera exclusiva frente al Estado en lo que a cuestiones de hecho se refiere.

3. LOS JUECES *AD HOC* Y LA PARTICIPACIÓN DE JUECES DE LA NACIONALIDAD DEL ESTADO EN CASOS NO INTERESTATALES

En el año 2009 la Corte Interamericana abordó en una Opinión Consultiva²³⁵ dos aspectos acerca de su composición que habían sido de largo debate: el de la participación o no de jueces *ad hoc* en litigios no interestatales y el de la intervención de jueces de la misma nacionalidad que el Estado demandado en casos no interestatales. Por casos no interestatales entendemos aquellos en que quien somete el caso a consideración de la Corte es la Comisión respecto de uno o más Estados y no un Estado en contra de otro.

La disposición del Pacto de San José de Costa Rica que regula los jueces *ad hoc* se halla en su artículo 55.2, el cual establece que “[s]i uno de los jueces llamados a conocer del caso fuere de la nacionalidad de uno de los Estados partes, otro Estado parte en el caso podrá designar a una persona de su elección para que integre la Corte en calidad de juez *ad hoc*.”

²³⁴ El documento de propuestas elaborado por (CEJIL) da cuenta de los costos asociados a dicho litigio, señalando cómo las costas establecidas por la Corte Interamericana quedan muy por debajo de lo efectivamente gastado. Dado que, como ya hemos señalado, se trata de la ONG que litiga más casos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, posee abundante experiencia acerca de los costos involucrados. Véase, CEJIL, *Aportes para la reflexión sobre posibles reformas* (cit.), pp.12ss.

²³⁵ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009 (Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Dicha Opinión Consultiva fue solicitada por Argentina.

La Comisión y luego las víctimas -cuando adquirieron autonomía para litigar- sostuvieron en numerosos casos que la mencionada disposición sólo sería aplicable a casos interestatales y no, en cambio, a casos en los que fuera la propia Comisión la que lo sometiera al tribunal. Esta interpretación se basaba en dos fundamentos. Por una parte, el artículo en referencia habla de Estados en plural, por lo que no debería ser aplicable a contenciosos en los que sólo interviniera un Estado. Por otra parte, la lógica de esa regulación –agregaba la Comisión-, proveniente del contencioso clásico entre Estados en el Derecho Internacional Público era la de evitar que uno de los Estados se encontrara en una posición más ventajosa que el otro, al tener a un nacional en el tribunal. Este problema, claro, no se presentaría tratándose de un contencioso en el que hubiera un solo Estado presente.

La Corte, sin embargo, históricamente rechazó esa interpretación e invitó al Estado demandado a designar jueces *ad hoc* en casos contenciosos no interestatales. En la Opinión Consultiva N°20 el tribunal modificó su interpretación previa, señalando que no procede la participación de tales jueces en casos no interestatales. El tribunal interamericano señaló que

“la figura del juez *ad hoc*, concebida para mantener el equilibrio procesal entre Estados Partes iguales en derecho, podría entrar en conflicto con el carácter especial de los tratados modernos de derechos humanos y la noción de garantía colectiva. El conflicto en cuestión resulta más evidente cuando los individuos y los Estados se constituyen en partes procesales opuestas. Por ello, al estar expresamente prevista en la Convención Americana, la Corte debe dar a la figura del juez *ad hoc* una aplicación restringida de conformidad con el propósito del artículo 55 de la Convención.”²³⁶

En su Opinión Consultiva en referencia, la Corte se refiere también a la mención que el art.55 realiza a los Estados Partes –en plural-, añadiendo que ello, además de denotar que ello se referiría únicamente a casos interestatales, resulta en armonía con el objeto y fin de la norma, puesto que el origen de la institución de los jueces *ad hoc* se refería precisamente a caso interestatales bajo el Estatuto de la Corte Permanente de

²³⁶ Ídem, párrafo 37. Se ha eliminado una referencia a pie de página del texto original.

Justicia Internacional y su sucesora, la Corte Internacional de Justicia. Lo propio revela, añade la Corte, la revisión de la gestación del art.55 de la Convención Americana, concluyendo al respecto que

“el artículo 55.3 de la Convención, en el marco del texto del artículo 55 en su conjunto, del contexto en el cual se inscribe, del objeto y fin del tratado y de los trabajos preparatorios, está orientado unívocamente en el mismo sentido. Como tal, es posible afirmar que esa disposición rige, con carácter excepcional, únicamente en casos contenciosos originados en comunicaciones interestatales y, consecuentemente, su aplicación no puede ser extendida a aquellas controversias originadas en peticiones individuales.”²³⁷

La Opinión Consultiva también se hace cargo de dos argumentos planteados por algunos Estados en calidad de *Amicus* de la Corte en el sentido de mantener la figura de los jueces *ad hoc* en casos no interestatales. El primero de tales argumentos consistía en que la reiterada invitación por parte del tribunal para que los Estados nombrasen dichos magistrados había dado origen a una costumbre jurídica internacional, a partir de la cual había surgido un derecho procesal autónomo para que los Estados practicasen dichos nombramientos. El segundo argumento se refería al aporte de dichos jueces en términos de aportar una visión e informaciones relevantes a la Corte por su conocimiento local.

En relación con el primero de los argumentos, la OC-20 señala que si bien ha existido una interpretación reiterada de la Corte, ella ha sido cuestionada permanentemente por la Comisión Interamericana y por las víctimas, añadiendo que

“el acto de informar de manera reiterada a los Estados Partes demandados sobre la posibilidad de nombrar jueces *ad hoc*, responde a una interpretación del artículo 55.3 de la Convención realizada por la propia Corte Interamericana, teniendo como fundamento sus normas procesales. Como tal, ninguna interpretación de la Convención realizada por la Corte, inclusive de

²³⁷ Ídem, párrafo 45.

manera reiterada, puede entenderse como una práctica de los Estados en el sentido del artículo 38.1 b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, de tal forma que impida al Tribunal modificar sus criterios.”²³⁸

En cuanto al segundo argumento planteado, la Corte Interamericana sostiene que puede obtener esas visiones e informaciones de diversas fuentes por lo que la justificación invocada no resulta suficiente. Además, señala que debe asegurarse el contradictorio entre las partes en el proceso, por lo que resulta inprocedente el argumento de que un juez *ad hoc* podría proporcionar antecedentes de hecho o de derecho al resto de los jueces sin la presencia de la contraparte.²³⁹

La Corte analiza luego la segunda cuestión planteada por Argentina en su solicitud de opinión consultiva, referida a acaso el magistrado nacional de un Estado demandado debería o no excusarse de participar en los casos no interestatales referidos a su país, de manera de asegurar la imparcialidad del tribunal y evitar toda posible influencia en el mismo. Sobre este particular, el artículo 55.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que “[e]l juez que sea nacional de alguno de los Estados Partes en el caso sometido a la Corte, conservará su derecho a conocer del mismo”. Cabe agregar que en los años previos a la emisión de esta Opinión Consultiva diversos jueces y juezas de la Corte Interamericana se habían venido excusando respecto de casos concernientes al Estado del cual fueran nacionales.

El tribunal sigue, *mutatis mutandi*, el mismo razonamiento que respecto de los jueces *ad hoc*, señalando que aunque el texto del numeral respectivo no dilucida explícitamente el problema planteado, resulta conforme al objeto y fin de la norma y del tratado entenderla como referida solamente a contenciosos interestatales, ya que “la

²³⁸ Ídem, párrafo 55.

²³⁹ En este sentido señala la Opinión Consultiva: “se debe garantizar la capacidad procesal de todas las partes de conformidad con los imperativos y necesidades del debido proceso. Por ende, el Tribunal estima que en el contexto de casos contenciosos originados en peticiones individuales, en los cuales las partes son el Estado demandado y la presunta víctima y, sólo procesalmente, la Comisión (*supra* nota 36), la reapertura de cuestiones procesales y argumentos del mérito del asunto sin la presencia de cualquiera de las partes afecta la realización de los principios del contradictorio, la igualdad y la seguridad jurídica procesales. En consecuencia, no corresponde a una Corte recibir informaciones de hecho o de derecho sin la presencia de todas las partes en el proceso. Ídem, párrafo 62.

participación del juez nacional atiende, al igual que la intervención del juez *ad hoc*, a la necesidad de preservar el equilibrio procesal de las partes constituidas por dos o más Estados soberanos iguales en derecho”²⁴⁰, lo cual no es el caso cuando se trata de peticiones individuales, en las que es la Comisión la que envía el asunto a la Corte y los Estados no son las únicas partes en el proceso.

Conforme a este razonamiento, la Opinión Consultiva concluye que “el juez que ostente la nacionalidad del Estado demandado en un caso contencioso originado en una petición individual (conforme al artículo 44 de la Convención), no debe conocer de la controversia.”²⁴¹

4. LA PONDERACIÓN POR LA CORTE DE LA PRUEBA RENDIDA ANTE LA COMISIÓN

A este respecto, en el primer caso contencioso llevado adelante por la Corte, en la década de los ochenta del siglo pasado, la Comisión formuló el planteamiento de que el tribunal interamericano convalidara la prueba rendida ante la CIDH, pero ello no fue acogido por la Corte. En estricto rigor, como ha señalado la Corte a propósito de diversas materias, la tramitación de un caso contencioso ante ella no corresponde a una “segunda instancia internacional” (en la cual la primera sería supuestamente el procedimiento ante la Comisión), ya que los dos procesos son de naturaleza diferente: mientras que en el caso del trámite en la CIDH se trata de un mecanismo semijudicial, la tramitación ante el tribunal corresponde a un procedimiento judicial propiamente tal. Por lo mismo, como señalara el tribunal interamericano desde su primera sentencia contenciosa,

“la Corte no actúa, con respecto a la Comisión, en un procedimiento de revisión, de apelación u otro semejante. Su jurisdicción plena para considerar y revisar **in toto** lo precedentemente actuado y decidido por la Comisión, resulta de su carácter de único órgano jurisdiccional de la materia. En este sentido, al tiempo que se asegura una más completa protección judicial de los derechos humanos reconocidos por la

²⁴⁰ Ídem, párrafo 75.

²⁴¹ Ídem, párrafo 86.

Convención, se garantiza a los Estados Partes que han aceptado la competencia de la Corte, el estricto respeto de sus normas.”²⁴²

Dicho lo anterior, cabe observar, sin embargo, que no hay un corte radical entre ambos procedimientos, puesto que la tramitación ante la Comisión constituye un primer paso indispensable para el proceso ante la Corte Interamericana,²⁴³ y que ésta tiene el poder de realizar apreciaciones sobre varios aspectos referidos a la fase en que el caso se encuentra ante la CIDH, tales como sobre la forma en que fue llevado el procedimiento ante esta,²⁴⁴ acerca de la atribución de responsabilidades estatales realizada por la Comisión sobre la base de diversos instrumentos internacionales en casos que culminen ante la Corte,²⁴⁵ así como en relación con el valor de las resoluciones de la CIDH.²⁴⁶ A ello cabe añadir que el Reglamento de la Corte reconoce la posibilidad de convalidación en alguna medida, como analizamos más abajo.

El planteamiento por la convalidación de la prueba continuó siendo reiterado, como un mecanismo que no solo contribuiría a agilizar los casos ante la Corte, sino también a dotar de mayor vigor a la tramitación en la CIDH. De acuerdo a dicha tesis, sin perjuicio de que en circunstancias excepcionales (como en el caso de errores manifiestos o de nueva prueba de la que no se tuvo conocimiento en el momento en que se tramitaba el caso ante la Comisión) la prueba rendida ante la CIDH pudiera ser impugnada en la Corte, en cuyo caso esta entraría a conocer cuestiones de hecho, la convalidación –operando como regla general– permitiría que la Corte se concentrara en las cuestiones de derecho, lo que simplificaría la tramitación. En un voto particular en el caso Loayza Tamayo, el juez Antonio Cançado Trindade se refirió también a esto, señalando que “Así como se consideran definitivas e inapelables las decisiones de la Comisión de inadmisibilidad de peticiones o comunicaciones, las decisiones de admisibilidad deberían ser tratadas de igual modo, consideradas también definitivas y no

²⁴² Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de Excepciones Preliminares (cit.), párrafo 29. El resaltado en negrita es del original.

²⁴³ Corte IDH, Asunto Viviana Gallardo y Otras, N° G 101/81.

²⁴⁴ Como lo ha hecho a propósito de distintos aspectos; vgr., la naturaleza de los informes finales de la Comisión a la que ya hemos hecho referencia y que la Corte analizara en su Opinión Consultiva N°13 (cit.).

²⁴⁵ Corte IDH, Caso Las Palmeras, Excepciones Preliminares, Sentencia de 4 de febrero de 2000, párrafo 34.

²⁴⁶ Cfr., Corte IDH, Caballero Delgado y Santana, Sentencia del 8 de diciembre de 1995, párrafo 67; Corte IDH, Caso Loayza Tamayo, Sentencia del 17 de septiembre de 1997, párrafos 78 ss.; etc.

susceptibles de ser reabiertas por el Gobierno demandado en el procedimiento subsiguiente ante la Corte”, añadiendo que “[d]icha reapertura o revisión de una decisión de admisibilidad de la Comisión por la Corte generaría un desequilibrio entre las partes, en favor de los gobiernos demandados (aún más que los individuos actualmente ni siquiera tienen *locus standi* ante la Corte); siendo así, también las decisiones de inadmisibilidad de la Comisión deberían poder ser reabiertas por las presuntas víctimas y sometidas a la Corte. O se reabren todas las decisiones -de admisibilidad o no- de la Comisión ante la Corte, o se mantienen todas privativas de la Comisión.”²⁴⁷

Pasqualucci – refiriéndose a la etapa de admisibilidad- ha observado que la falta de convalidación por la Corte de lo decidido por la Comisión puede acarrear graves perjuicios para los peticionarios, puesto que ello puede incluso llevarlos a comparecer ante el tribunal habiéndolo hecho ya ante la Comisión en los mismos términos, lo cual puede incrementar los riesgos de sufrir atentados. “Estos riesgos –apunta la autora- son difíciles de soportar cuando la Corte puede desestimar el caso debido a que la petición fue inicialmente deficiente en algún aspecto.”²⁴⁸

Además, cabe tener en cuenta que la participación de los estados en la tramitación del caso en la Comisión se vería fortalecida, al considerarse que la prueba allí rendida adquiriría un mayor valor para la hipótesis de que el caso finalmente llegara hasta la Corte. Esto debiera presumiblemente fortalecer la controversia por parte del Estado de las pruebas presentadas por los denunciantes, la presentación de las suyas propias y un análisis en profundidad de las evidencias rendidas.

De cualquier modo, en caso de llegar a hacerse efectiva esta convalidación, habría que poner cuidado en que ello no condujese a una formalización de la rendición de la prueba ante la CIDH. En particular, ello podría tener el efecto contraproducente de alargar aún más el tiempo de tramitación de los casos en la Comisión, ya muy extenso.

²⁴⁷ Corte IDH, Caso Loayza Tamayo (cit.), Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade. Las citas son de los párrafos 7 y 8, respectivamente.

²⁴⁸ Jo M. Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, cit., pág.140.

El Reglamento de la Corte de 2001 incorporó una referencia ambigua sobre la posibilidad de convalidar la evidencia. En esteesentido, dispuso que "las pruebas rendidas ante la Comisión serán incorporadas al expediente, siempre que hayan sido recibidas en procedimientos contradictorios, salvo que la Corte considere indispensable repetirlas."²⁴⁹ Esta disposición fue reproducida literalmente en el Reglamento de 2010.²⁵⁰ La práctica previa a 2001 consistía en que la Comisión adjuntaba a la demanda aquellas pruebas que hubieran sido rendidas ante ella y que considerara relevantes, por lo que la incorporación al expediente a que se han referido los dos últimos reglamentos de la Corte no parecería, en principio, modificar las cosas. Sin embargo, la parte final de la disposición, que menciona la posibilidad de que la Corte podría ordenar en ciertos vasos la repetición de dichas pruebas, podría interpretarse, *a contrario sensu*, como estableciendo que en los demás casos dicha prueba sí podría tener validez.

En los años que lleva en vigencia dicha disposición ella no ha producido cambios en la práctica.²⁵¹ La Corte no ha basado sus decisiones en pruebas rendidas exclusivamente ante la Comisión que no hubieren sido reproducidas ante la Corte, salvo cuando el Estado demandado se hubiera allanado a la demanda, lo cual ya hacía la Corte antes de la adopción de su Reglamento de 2001.

Como contrapartida, la Corte ha desarrollado en los últimos años la práctica de recurrir a los *affidavits* (declaraciones juradas ante un Ministro de Fe) de testigos o peritos para acelerar la tramitación de los casos. Tales declaraciones son hechas en los países de residencia de los declarantes y sometidas luego a la Corte. De este modo, se reduce el número de declarantes ante la Corte y las audiencias son más breves. Ello además reduce los costos de litigar un caso en la Corte. En una serie de ocasiones ha sido la propia Corte la que le ha señalado a las partes que deben someter las declaraciones vía *affidavits*.

²⁴⁹ Artículo 46.2 del Reglamento de la Corte de 2001.

²⁵⁰ Artículo 57.1 del Reglamento de la Corte de 2010.

²⁵¹ Consúltese, Claudio Nash Rojas, *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Acción: aciertos y desafíos*, Editorial Porrúa, México, 2009, pág.116. Nash apunta allí que "[l]a Corte sigue probando todos los hechos en su procedimiento contencioso y, por tanto, las víctimas tienen una doble carga: probar ante la Comisión y luego ante la Corte. Aquí hay un problema de fondo que puede explicarse porque la Corte entiende que el procedimiento ante la Comisión es insuficiente. Para ello debieran darse dos pasos: determinar cómo avanzar en la judicialización del trabajo de la Comisión y fijar ciertos criterios que justifiquen repetir la prueba, criterios que las partes debieran conocer de antemano."

En un contexto como el actual, en que el volumen de casos de que conoce la Corte es mucho mayor que en el pasado (a partir de la adopción del Reglamento de la Comisión de 2001, antes descrito, que establece que como regla general los casos serán enviados al tribunal interamericano), y en el que la Corte mantiene su carácter de órgano no permanente –es decir, cuyos jueces solo se reúnen algunas veces al año- el recurso a los mencionados *affidavits* ha permitido evitar una dilación en la tramitación. Esta práctica, sin embargo, no ha estado exenta de críticas, por cuanto le impide al tribunal tener un acceso directo e inmediato a la prueba rendida. Ello resulta especialmente controvertido en un ambiente en que la tendencia es la opuesta, habiéndose incorporado en los últimos años en una serie de sistemas jurídicos internos latinoamericanos el juicio oral, como una manera de asegurar la inmediación en la prueba.

De cualquier modo, si se perseverara en la lógica de los *affidavits* por razones de economía procesal y de reducción de costos para las partes, no se aprecia por qué no podría aplicarse el mismo argumento para que la prueba rendida ante la Comisión no pudiera ser convalidada como regla general. En efecto, si la Corte Interamericana se halla dispuesta a dar por válida la prueba rendida ante un tercero ajeno al Sistema Interamericano (el Notario Público u otra autoridad interna ante la cual se suscriba el *affidavit*), con mayor razón debería hacerlo cuando ella es rendida ante un órgano de dicho Sistema como es la Comisión, respecto de la cual, además, la Corte posee ciertos poderes de supervisión de los que carece en relación con los órganos internos de los Estados.

5. PROCEDIMIENTO SOBRE CUESTIONES DE ADMISIBILIDAD Y FONDO EN LA CORTE

La Convención Americana sobre Derechos Humanos no se pronuncia acerca de la necesidad o no de que la Corte emita su propia decisión sobre admisibilidad en los casos contenciosos de los que conozca. En el caso Velásquez Rodríguez, la Comisión planteó a la Corte que, no siendo ésta un tribunal de apelación, debería abstenerse de formular tal decisión. La Corte Interamericana desechó esta tesis, interpretando la Convención en el sentido de que esta le confiere el poder de revisar *in toto* la tramitación del caso en la Comisión, lo cual incluye el pronunciamiento sobre

admisibilidad, siguiendo la misma línea que la Corte Europea había adoptado en la materia en la época en que el Sistema Europeo poseía dos órganos de derechos humanos. La Corte Europea había recibido críticas sobre este punto por la doctrina.²⁵²

En un voto separado en un fallo posterior, el juez de la Corte Interamericana Antonio Cançado Trindade señaló que esta práctica crea una situación de desigualdad entre las partes, quedando el Estado en una situación de privilegio.²⁵³ Ello, al poder el Estado poder plantear dos veces la misma cuestión, primero ante la Comisión y posteriormente en la Corte. Como bien ha apuntado una autora, esta práctica ha tenido efectos más graves en el Sistema Interamericano que el que solía tener en el Sistema Europeo, dado que en el primero, a diferencia del segundo, no se ha previsto hasta fecha reciente un sistema de asistencia jurídica gratuita para los peticionarios, por lo que eventualmente un peticionario ha podido no solo pasar años sino gastar mucho dinero durante la tramitación en la Comisión para ver después su caso desechado por cuestiones formales por la Corte.²⁵⁴

Hasta comienzos de la primera década del siglo XXI, la Corte había establecido etapas diferenciadas de admisibilidad y fondo. Si un Estado, al responder la demanda, interponía excepciones preliminares (referidas, claro, a cuestiones de admisibilidad de la demanda), ello daba lugar a una etapa especial. Esto incluía la celebración de una audiencia y la dictación de una sentencia de excepciones preliminares por parte de la Corte.

En el nuevo contexto, de un volumen mucho mayor de casos, la Corte ha flexibilizado su práctica en esta materia, con el objetivo de acelerar la tramitación. De esta manera, la práctica se ha modificado, y así la Corte usualmente convoca a una sola audiencia, en la que se debaten tanto las excepciones preliminares como el fondo del asunto. Desde luego, si un Estado interpone excepciones preliminares que intenten que

²⁵² Cfr., Donna Gomien, D.J. Harris y Leo Zwaak, *Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Council of Europe Publishing, Estrasburgo, 1986, pp. 75-76.

²⁵³ Corte IDH, Caso Loayza Tamayo, Excepciones Preliminares, Sentencia de 31 de enero de 1996, voto concurrente separado del Juez Cançado Trindade.

²⁵⁴ Revísese, Jo M. Pasqualucci, Preliminary Objections before the Inter-American Court of Human Rights: Legitimate Issues and Illegitimate Tactics, en: *Virginia Journal of International Law*, Vol.40, 1999, pp.1-114. Véase especialmente pp.73 y siguientes.

la Corte declare su falta completa de jurisdicción sobre el caso planteado, la alegación respecto del fondo tendrá que ser hecha en carácter de subsidiaria.

Ello es seguido por una sentencia que se refiere también a ambos aspectos (salvo la hipótesis, como es obvio, de que se acojan excepciones preliminares que enerven la demanda en su totalidad, en cuyo caso no habrá pronunciamiento sobre el fondo). Además, la misma sentencia suele referirse también a las reparaciones y costas, lo que ocurría con mucho menor frecuencia en el pasado.

De este modo, se ha producido una evolución inversa en los dos órganos de derechos humanos del Sistema Interamericano en este punto: mientras la Comisión pasó de resolver conjuntamente admisibilidad y fondo a distinguir dos etapas diferenciadas al respecto, la Corte ha modificado su criterio de distinguir estrictamente las dos etapas, tramitando de manera conjunta ambos aspectos en no pocos casos.

6. UN FONDO PARA EL LITIGIO DE LAS VÍCTIMAS ANTE LA CORTE

Un punto reiteradamente planteado por los órganos de derechos humanos del Sistema Interamericano fue el de la necesidad de establecer un Fondo que financiara la actuación de las víctimas en la tramitación de casos en la Corte. Esta necesidad se hizo todavía más patente luego de las reformas introducidas por el Reglamento del tribunal en 2001, que – como hemos señalado – dispusieron la autonomía de las víctimas durante el proceso. Dado que el Reglamento de 2010 vino a reformular en varios aspectos los roles de los participantes en los procesos ante la Corte, especialmente en el sentido de que conforme a las nuevas disposiciones recae sobre los representantes de las víctimas una serie de funciones en las que con anterioridad también intervenía la Comisión, el establecimiento de un Fondo para el litigio de las víctimas resultó ineludible y finalmente se concretó.

Cabe hacer notar que la propia Corte Interamericana ha sostenido que cuando al nivel de los tribunales locales una persona carece de medios para litigar y el Estado no le proporciona representación legal queda eximida de la regla del agotamiento de los recursos internos, pudiendo dirigirse directamente ante los órganos interamericanos; siguiendo ese mismo argumento resultaba indispensable el establecimiento de

mecanismos para que los peticionarios que carezcan de medios no queden impedidos de litigar ante la Corte Interamericana.²⁵⁵ Cabe precisar que el mencionado Fondo servirá para financiar gastos distintos a la representación legal, ya que para esta última el tribunal creó la figura del Defensor Interamericano. El nuevo Reglamento de la Corte dispone al respecto que “en casos de presuntas víctimas sin representación legal debidamente acreditada, el Tribunal podrá designar un Defensor Interamericano de oficio para que las represente durante la tramitación del caso.”²⁵⁶

Para el establecimiento del mencionado Fondo se siguieron primeramente algunos pasos en los órganos políticos de la OEA y luego por la propia Corte. En la Asamblea General de la OEA de 2008 se aprobó la creación de un Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos,²⁵⁷ disponiéndose que el mencionado Fondo operaría sobre la base de contribuciones voluntarias, encomendándose su administración financiera a la Secretaría General de la organización y quedando la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a cargo de determinar la asignación de sus recursos. La resolución de la Asamblea General establece también que el Fondo funcionará con dos cuentas separadas, una de la Comisión y otra de la Corte y que cuando al efectuarse una contribución al Fondo no se indique a cuál de las cuentas va dirigida, se repartirá por mitades.

La Asamblea General mandató al Consejo Permanente para elaborar un Reglamento del Fondo previa consulta con los dos órganos de derechos humanos y la sociedad civil, el cual el Consejo aprobó al año siguiente.²⁵⁸ El Reglamento desarrolla los lineamientos de la resolución de la Asamblea General y formula una serie de criterios para los reglamentos que, a su vez, deberían adoptar la Comisión y la Corte: procedimientos que aseguren que los potenciales beneficiarios reciban el apoyo en tiempo y forma; establecimiento de un sistema gratuito de defensoría de oficio en ambos órganos para quienes lo necesiten; necesidad comprobada de los recursos por parte de los beneficiarios de los mismos; establecimiento de procedimientos claros y

²⁵⁵ Corte IDH, Excepciones al agotamiento de los recursos internos, Opinión Consultiva OC-10/90, 10 de agosto 1990.

²⁵⁶ Artículo 37 de Reglamento de la Corte Interamericana.

²⁵⁷ Creación del Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, AG/RES 2426 (XXXVIII-O/08), aprobada el 3 de junio de 2008.

²⁵⁸ Reglamento para el Funcionamiento del fondo de asistencia legal del sistema interamericano de derechos humanos, OEA CP/RES. 963, adoptada el 11 de noviembre de 2009.

transparentes de selección; creación de mecanismos y procedimientos para el reintegro de costas al Fondo por parte de la Corte, en caso de que ellas hayan sido solventadas por el Fondo; fomento de la asistencia para que ella alcance a habitantes de todos los Estados; y consideración de criterios de diversidad y pluralidad en la asignación de los recursos.

La Corte, por su parte, adoptó su Reglamento en la materia (distinto al Reglamento general del tribunal) en febrero de 2010, entrando en vigor el 1 de junio del mismo año.²⁵⁹ El Reglamento dispone que la oportunidad procesal para presentar la petición de apoyo por el Fondo es el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas. Debiendo demostrar “mediante declaración jurada y otros medios probatorios idóneos que satisfagan al tribunal, que carece de recursos económicos suficientes para solventar los costos del litigio ante la Corte Interamericana e indicar con precisión qué aspectos de su defensa en el proceso requieren el uso de recursos del Fondo de Asistencia Legal de Víctimas.”²⁶⁰

El problema práctico, claro está, es que la Corte Interamericana no dispone de recursos financieros para proveer por sí misma de dinero al Fondo. De allí que para que el Fondo sea operativo será indispensable que el mismo cuente con apoyos financieros por parte de los Estados, de manera de no dejar a las víctimas en la indefensión. En un contexto en el cual incluso se ha llegado a plantear por algunos Estados el establecimiento con carácter permanente de la Corte –lo cual sería, claro está, mucho más oneroso–, resulta elemental que por lo menos un Fondo de esta naturaleza opere con suficientes recursos. Durante su primer año de funcionamiento el Fondo recibió algunos aportes que han permitido ponerlo en marcha, el más importante de los cuales, sin embargo, no fue realizado por un Estado de la OEA sino por Noruega.

7. ¿ACCESO DIRECTO DE LAS VÍCTIMAS A LA CORTE?

En la Asamblea General de la OEA celebrada en San José de Costa Rica en 2001 el Gobierno anfitrión planteó la propuesta de que se permitiera que las víctimas de

²⁵⁹ Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el funcionamiento del Fondo de Asistencia Legal de Víctimas, adoptado el 4 de febrero de 2010.

²⁶⁰ Ídem, artículo 2.

violaciones a los derechos humanos pudieran presentar su caso ante la Corte Interamericana una vez concluida la tramitación en la Comisión. Específicamente, Costa Rica propuso la adopción de un Protocolo Facultativo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conforme al cual se estableciera que “[l]a víctima, sus familiares o representantes tienen derecho de presentar directamente un caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una vez finalizado el proceso ante la Comisión Interamericana.”²⁶¹ En respuesta, la Asamblea General no hizo suya la propuesta, sino que la incorporó en una resolución de contenido más general, por la que se encomendaba al Consejo Permanente “que inicie el estudio del acceso de la víctima a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*ius standi*) y su puesta en práctica.”²⁶²

De haberse concretado, la referida propuesta hubiera dado origen a un sistema dual, en el que solo los Estados que hubieran ratificado el Protocolo Facultativo se regirían por el nuevo sistema. Ello se hubiera añadido a las disparidades ya existentes entre aquellos Estados que no han ratificado la Convención, aquellos que la han ratificado pero que no han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte y aquellos que la han ratificado y han hecho tal reconocimiento de jurisdicción.

La Corte Interamericana, por su parte, presentó un Informe a la Asamblea General de 2001, en el que, apuntando también al acceso directo de las víctimas a la Corte proponía una reforma más abarcadora. En palabras de Manuel Ventura, entonces Secretario de la Corte Interamericana y en la actualidad juez de la misma, “[l]a diferencia sustancial entre la propuesta de la Corte Interamericana y la de Gobierno de Costa Rica estriba en que esta última pretende establecer un sistema dual, al proponer que el acceso directo se formalizara mediante la adopción de un protocolo facultativo, obligatorio solo para aquellos Estados que le ratificaran, en un sistema que es de por sí dual [por haber Estados que son partes de la Convención Americana y Estados que no lo son] (...). Mientras que la Corte Interamericana propone un protocolo de enmienda que busca reformar la integralidad del sistema con miras a su fortalecimiento.”²⁶³

²⁶¹ Propuestas del Gobierno de Costa Rica para el fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos (OEA/Ser.G/CP/doc.3407/01), Evaluación del funcionamiento del sistema interamericano de su protección y promoción de los derechos humanos para su perfeccionamiento y fortalecimiento (AG/RES. 1828 (XXXI-O-01)).

²⁶² AG/RES. 1833 (XXXI-O-01), 5 de junio de 2001.

²⁶³ Manuel E. Ventura Robles, El acceso directo de la víctima a la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un ideal y una lucha de António A. Cançado Trindade; en: Antonio Augusto Cançado Trindade

De acuerdo a lo señalado por Manuel Ventura, ambas propuestas pretendían “dar acceso al individuo a la Corte Interamericana una vez que finalizara el trámite del caso respectivo ante la Comisión Interamericana, por lo que es falsa la afirmación de que la Corte pretendía destruir a la Comisión Interamericana y que ésta desapareciera como ocurrió con la Comisión Europea mediante el Protocolo 11 a la Convención Europea de Derechos Humanos en 1998.”²⁶⁴ Sin embargo, él mismo se encargaba de circunscribir el rol de la Comisión Interamericana respecto del sistema de casos bajo un eventual sistema reformado, limitando su rol a la revisión de la admisibilidad, al señalar que “[l]a Comisión debe permanecer, en la tramitación de denuncias individuales, como órgano facultado para resolver lo pertinente a la admisibilidad de los casos en materia de violaciones a la Convención Americana.”²⁶⁵ Igualmente lo circunscribe cuando apunta que la razón para que la Comisión no desaparezca es que “dada la permanente situación económica, social y política de nuestro Continente, debe existir este órgano de control político – no judicial- para cuando se presentan casos de violaciones masivas a los Derechos Humanos.”²⁶⁶

En la Asamblea General del año siguiente (2002) se adoptó una resolución de seguimiento, por la cual se encomendaba al Consejo Permanente “que continúe la consideración del tema ‘acceso de la víctima a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*ius standi*) y su puesta en práctica’, teniendo en cuenta el informe de la Corte Interamericana, la propuesta del Gobierno de Costa Rica, así como las reformas reglamentarias de la Corte y de la Comisión.”²⁶⁷ Las referidas reformas reglamentarias habían entrado en vigor recientemente. En definitiva las iniciativas de reforma planteadas por Costa Rica y la Corte no llegaron a concretarse. Ha habido algún seguimiento posterior al respecto pero sin que se tradujeran en pasos concretos.²⁶⁸

y Manuel E. Ventura Robles, *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2ª Edición Actualizada y Ampliada, Edición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y UNHRC/ACNUR, San José de Costa Rica, 2004, pp. 207-265; la cita es de p. 261. Véase también sobre este tema, Antonio Augusto Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2001.

²⁶⁴ Manuel E. Ventura Robles, *El acceso directo (cit.)*, p.261.

²⁶⁵ *Ídem*, p.262.

²⁶⁶ *Ídem*, P.261.

²⁶⁷ AG/RES. 1895 (XXXII-O/02), 4 de junio de 2002.

²⁶⁸ Véase al respecto, AG/RES. 2292 (XXXVII-O/07), de 5 de junio de 2007, numeral 6 letra a), en que se resuelve “[e]ncomendar al Consejo Permanente que continúe la consideración del tema “Acceso de la

Las organizaciones no-gubernamentales de derechos humanos que llevan casos ante el Sistema Interamericano no brindaron apoyo a estas propuestas, a pesar de que, en principio, el asegurar el acceso de las víctimas de violaciones a la Corte constituiría un paso significativo para fortalecer el carácter de la persona como sujeto de Derecho Internacional a nivel de dicho Sistema.

La razón principal para la falta de apoyo al respecto por parte de las ONGs radicaba en el contexto del Sistema Interamericano y en particular de la falta de compromiso de los Estados de la OEA para proporcionar recursos suficientes para su apropiado funcionamiento. Cuando se plantearon estas propuestas ya llevaba varios años en vigencia el Protocolo 11 en el Sistema Europeo y se tenía noticia del grado de saturación del trabajo del Tribunal Europeo desde que se había consagrado en él el acceso directo. Así, se planteaba por las ONGs que a nivel interamericano resultaba más realista comenzar por obtener un compromiso de los Estados de la OEA para la creación de un Fondo –al cual hemos hecho mención en el apartado anterior–, que permitiera litigar ante la Corte bajo el supuesto de que en virtud del nuevo Reglamento de la Comisión Interamericana llegarían muchos más casos a la Corte y de que, dado el reconocimiento a la autonomía de las víctimas por obra del nuevo Reglamento de la Corte, se requeriría de un volumen sustancialmente mayor de recursos para ejercer adecuadamente la representación de las víctimas. El hecho de que se haya dilatado tanto la puesta en marcha efectiva de un Fondo para la litigación de casos revela lo ilusorio de la propuesta de garantizar un acceso directo de las víctimas a la Corte.

8. EL CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE

Aunque el nivel de cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana por parte de los Estados ha mejorado y es superior al de los informes de fondo de la Comisión, el mismo continúa siendo claramente insuficiente.²⁶⁹ Es importante tener en

víctima a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*jus standi*) y su puesta en práctica”, incluyendo sus repercusiones financieras y presupuestarias (...).”

²⁶⁹ Crf., Basch, Fernando, Filipinni, Leonardo; Laya, Ana; Nin, Mariano; Rossi, Felicitas y Schreiber, Bárbara, La Efectividad del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Un

cuenta que en relación con el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece de manera expresa que al principal órgano político de la OEA le cabe un rol al respecto, al disponer que en su Informe Anual a la Asamblea de la OEA, la Corte “[d]e manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.”²⁷⁰ Sin embargo, este mecanismo no ha conducido a una respuesta adecuada de los órganos políticos de la OEA, como mostraremos a continuación.

A este respecto, a partir de fines de la década de los noventa, el Sistema debió enfrentar graves desafíos, a raíz de la actitud de Trinidad y Tobago y Perú frente a actuaciones y decisiones de la Corte y la Comisión. Hasta ese año, cuando se desató el conflicto con Trinidad y Tobago, no se habían producido en el Sistema enfrentamientos directos estados determinados y la Corte. Si bien tomó bastantes años para hacer efectivo el pleno cumplimiento de la decisión de la Corte en los primeros de naturaleza contenciosa decididos por la Corte - los casos Velázquez Rodríguez y Godínez Cruz-, posteriormente el panorama pareció mejorar, ya que los estados condenados por la Corte comenzaron a cumplir usualmente (aunque no siempre) de manera más expedita las sentencias de la Corte en al aspecto indemnizatorio.

Los problemas realmente serios comenzaron en 1998 con la denuncia de la Convención Americana por parte de Trinidad y Tobago, debido a las restricciones que ella impone a la aplicación de la pena de muerte.²⁷¹ La Convención establece que, en el caso de ser ella misma denunciada, ello tendrá efecto a contar de un año de su presentación. La denuncia no afecta la competencia de la Comisión, que subsiste conforme a la Carta de la OEA, pero sí la de la Corte, a contar de un año de la denuncia. Esto no obsta a que la Corte continúe conociendo de aquellos casos iniciados antes de la expiración del período de un año. En el transcurso del año posterior a la denuncia, la Comisión envió a la Corte varios casos en los que solicitaba medidas provisionales, consistentes en la suspensión de las ejecuciones de varias personas que esperaban en el

Enfoque Cuantitativo sobre su Funcionamiento y sobre el Cumplimiento de sus Decisiones, en: *SUR – Revista Internacional de Derechos Humanos*, N°12, Sao Paulo, junio 2010, pp.9-35.

²⁷⁰ Art. 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

²⁷¹ A diferencia de la mayoría de los tratados de derechos humanos, la Convención Americana contempla un mecanismo de denuncia, conforme al cual un estado se puede desvincular del pacto.

"corredor de la muerte." La Corte ordenó a Trinidad y Tobago adoptar las medidas necesarias para preservar la vida y la integridad física de tales personas y enviarle informes cada 15 días, sin perjuicio de que tanto el mismo estado como la Comisión deberían informarle de cualquier cambio significativo respecto de estas personas. El gobierno rehusó a actuar de la manera dispuesta por la Corte, señalando que, de acuerdo a una reserva formulada al momento de ratificar la Convención, entendería dicho tratado según las líneas de interpretación proporcionadas por su Constitución.

Considerando que la gravedad de la situación lo ameritaba, la Corte decidió llevar al asunto a conocimiento de la Asamblea General, para lo cual debió salvar una serie de obstáculos.²⁷² Finalmente, la Corte fue autorizada a presentar el asunto a la Asamblea General. Sin embargo, no existió un apoyo explícito por parte de la Asamblea a la Corte.

El asunto alcanzó la mayor gravedad cuando Trinidad y Tobago ejecutó a Joey Ramiah y Anthony Briggs, a pesar de ser personas beneficiadas con medidas provisionales por la Corte. Antes de la ejecución del segundo de ellos, la Corte había advertido que “si el Estado ejecuta a las presuntas víctimas, causaría una situación irremediable e incurriría en una conducta incompatible con el objeto y fin de la Convención, constituiría un desconocimiento de la autoridad de la Comisión y afectaría seriamente la esencia del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos.”²⁷³ En la Asamblea General del 2000, que constituía la primera oportunidad en que éste órgano tenía de expedirse sobre la ejecución de las personas amparadas por las medidas provisionales de la Corte, la resolución referente al funcionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, solo instó a los Estados Miembros de manera genérica y sin mencionar a Trinidad y Tobago a que adoptaran las medidas

²⁷² Primeramente, la Corte le hizo ver en una carta al Presidente del Consejo Permanente la ausencia en el borrador de resolución a ser enviado a la Asamblea General de una exhortación a Trinidad y Tobago a cumplir con las resoluciones de la Corte. Luego, la Corte debió realizar varias gestiones para poder intervenir oralmente ante la Asamblea General, ya que el Consejo Permanente, que prepara la agenda de la Asamblea, señaló que conforme a las nuevas regulaciones de la misma (que la redujeron a tres días) no correspondía que la Corte interviniese. La Corte se dirigió entonces al Secretario General de la OEA, indicando que las regulaciones de la Asamblea no podían pasar por alto lo establecido en la Convención Americana, la que en su artículo 65 establece que la Corte informará a la Asamblea de aquellos casos en que los estados no hayan cumplido con sus resoluciones.

²⁷³ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 25 de septiembre de 1999, Medidas provisionales ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República de Trinidad y Tobago, Caso James y otros.

necesarias para cumplir con las decisiones o sentencias emitidas por la Corte en caso de aquellos Estados que reconocen su competencia obligatoria²⁷⁴. En la resolución relativa a las observaciones y recomendaciones de los Estados Miembros al informe anual de la Corte, la Asamblea, nuevamente sin nombrar a ningún estado en particular, se limitó a reiterar el lenguaje de la Convención Americana en el sentido de que los fallos de la Corte son definitivos e inapelables y que sus decisiones deben ser cumplidas por los Estados Partes en todos los casos en que intervenga.²⁷⁵

Al grave conflicto recién descrito con Trinidad y Tobago se agregó otro en los días inmediatamente anteriores a la Asamblea General de 1999, cuando Perú hizo público que no cumpliría la sentencia de la Corte en el caso Castillo Petruzzi y otros, en el cual la Corte había ordenado a Perú llevar a cabo un nuevo proceso para cinco chilenos condenados por traición a la patria en ese país, por no satisfacer el primer juicio requisitos mínimos de un debido proceso. Esto fue oficializado posteriormente en una comunicación que el Perú dirigió a la Corte.

A ello siguió un paso aún más grave, que consistió en el pretendido retiro de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana con efecto inmediato del parte del Perú. Para tales efectos, el estado peruano presentó un documento en la Secretaría General de la OEA. Continuando con esa línea de acción, el Perú devolvió a la Corte las demandas que todavía no habían sido contestadas por el estado (casos Tribunal Constitucional e Ivcher Bronstein).

La Corte entonces procedió a emitir sentencias de competencia en ambos casos.²⁷⁶ En ellas, señaló que si bien la Convención Americana establece en carácter de facultativo el reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de la Corte, no contempla la posibilidad de retirar posteriormente dicho reconocimiento, observando que “la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte constituye una cláusula pétrea que

²⁷⁴ OEA/Ser.P, AG-RES. 1701 (XXX-O/00), 5 junio 2000.

²⁷⁵ En relación con los conflictos ocurridos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos a propósito de la aplicación de la pena de muerte por Trinidad y Tobago y otros países caribeños angloparlantes, véase, Michael F. Cosgrove, Protecting the Protectors: Preventing the Decline of the Inter.-American System for the Protection of Human Rights; en: *Case Western Reserve Journal of International Law* Vol. 32, 2000, pp. 39-77, especialmente pp.58 ss.

²⁷⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ivcher Bronstein, Competencia*, Sentencia de 24 de septiembre de 1999; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Tribunal Constitucional, Competencia*, Sentencia de 24 de septiembre de 1999.

no admite limitaciones que no estén expresamente contenidas en el artículo 62.1 de la Convención Americana”,²⁷⁷ añadiendo que “en las circunstancias del presente caso, la única vía de que dispone el Estado para desvincularse del sometimiento a la competencia contenciosa de la Corte, según la Convención Americana, es la denuncia del tratado como un todo.”²⁷⁸ La Corte también hizo ver la especial naturaleza de los tratados internacionales de derechos humanos.

La reacción de los órganos políticos de la OEA fue también muy débil en su manera de encarar el pretendido retiro peruano. A pesar de que la Asamblea General del 2000 era la primera en tener lugar luego del pretendido retiro del Perú de la competencia contenciosa de la Corte, las resoluciones aprobadas fueron vagas, genéricas y sin ningún llamado de atención específico. Las resoluciones de la Asamblea sobre el Informe Anual de la Corte y sobre el Sistema Interamericano apenas incluyeron menciones a que los Estados (sin mencionar a Perú) reconsideren sus decisiones de retirarse de la Corte, sin siquiera hacerse referencia a las sentencias de la Corte en las que se estableció la falta de validez jurídica de la decisión peruana. Las ONGs presentes en la Asamblea señalaron que las resoluciones de ésta implícitamente le reconocieron valor legal al accionar peruano. Posteriormente, el gobierno peruano que asumió tras la caída del régimen fujimorista restableció el vínculo del Estado peruano con la Corte en materia contenciosa.

Enfrentada a un escenario como el descrito en las páginas precedentes, la Corte ha mantenido su labor de supervisión del cumplimiento de sus resoluciones. Apuntando en esta misma dirección, en su Plan de acción para las Américas, desde la sociedad civil se planteaba que debiera establecerse un procedimiento contradictorio para supervisar el cumplimiento de las resoluciones. Además, considerando que la vía más expedita para hacer efectivas las resoluciones internacionales es la interna, las ONGs proponían que “en un plazo de tres años todos los países de las Américas adopten las medidas

²⁷⁷ El artículo 62.1 establece lo siguiente: “Todo estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin Convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.”

²⁷⁸ Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein (cit.); las citas son de los párrafos 36 y 40, respectivamente.

legislativas o de otro carácter que sean necesarias para otorgarle valor legal interno a las decisiones de la Comisión y la Corte así como para cumplir con las mismas.”²⁷⁹

Con posterioridad a los conflictos de Trinidad Tobago y Perú con la Corte no se han dado situaciones tan extremas. Sin embargo, los problemas subsisten. Ello se da en especial respecto del cumplimiento de las sentencias de la Corte en todo lo no referido al pago de indemnizaciones (que, aunque usualmente con tardanza, los estados efectúan), esto es, reformas legislativas y diversas formas de compensación. Esto ha conducido a que la Corte deba mantener un gran número de casos abiertos por largo tiempo después de dictar sentencia, en etapa de supervisión de la misma. Decenas de casos se hallan en dicha fase en el tribunal interamericano.

Una situación especial ha sido en los últimos años ha sido la de Venezuela, que ha registrado un reiterado incumplimiento de las decisiones de la Corte. La situación adquirió especial gravedad a propósito del Caso Apitz Barbera y Otros, en el cual la Corte ordenó en su sentencia dictada en 2008 la reincorporación de tres jueces al sistema judicial debido a las violaciones al debido proceso que constató en su remoción.²⁸⁰ Ante dicha sentencia, el Tribunal Supremo venezolano no solamente se negó a hacer efectiva la decisión de la Corte Interamericana, sino que declaró inejecutable la sentencia y le recomendó al Poder Ejecutivo denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos.²⁸¹ Aunque el Ejecutivo no ha llegado a dar este paso, lo ocurrido da muestra de la precariedad de la situación y las serias dificultades para hacer efectivas las decisiones de la Corte Interamericana en Venezuela.

En conclusión, en la práctica la Asamblea General de la OEA no ha dotado de eficacia el artículo 65 de la Convención Americana, que le asigna un rol en el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana. A lo sumo, su función se ha circunscrito a declaraciones de carácter general al respecto, como cuando se ha

²⁷⁹ Coalición de Organización No-Gubernamentales ante el Sistema Interamericano, *Plan de acción de las Américas para los derechos humanos* (cit.), p.16.

²⁸⁰ Corte IDH, Caso Juan Carlos Apitz Barbera y Otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo vs. Venezuela”), Sentencia de 5 de agosto de 2008 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

²⁸¹ Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala Constitucional, Sentencia N°1939, de 18 de diciembre de 2008.

planteado de manera genérica que se lleve a cabo dicho cumplimiento.²⁸² Ha sido la propia Corte la que se ha encargado de esta tarea, con las limitaciones prácticas que limitan su labor al respecto.

²⁸² Véase en este sentido, AG/RES. 2292 (XXXVII-O/07), de 5 de junio de 2007, en cuyo numeral 3 se resuelve “[r]eiterar que los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son definitivos e inapelables y que los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a cumplir las decisiones de la Corte en todos los casos en que sean parte.”

CAPÍTULO V: LA EVOLUCIÓN DE LAS MEDIDAS URGENTES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

1. INTRODUCCIÓN

La Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como los órganos internacionales de protección de tales derechos en general,²⁸³ poseen un sistema de medidas urgentes, denominadas, respectivamente, medidas cautelares y medidas provisionales. Las primeras emanan de los amplios poderes de la Comisión, que alcanzan más allá de la esfera de su sistema de casos; las segundas derivan expresamente de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Aunque las medidas urgentes en el Sistema Interamericano suelen estar vinculadas a la tramitación de casos, ello no necesariamente es así, al no formar parte *stricto sensu* de la competencia contenciosa de los órganos de protección de derechos de dicho sistema. Como veremos, esto es especialmente característico de las medidas cautelares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De allí que resulte conveniente tratar las medidas urgentes por separado del sistema de casos.

De manera sucesiva, analizaremos algunos aspectos generales de las medidas cautelares, las causales para su otorgamiento, las medidas provisionales en general, los derechos susceptibles de protección por la vía de las medidas urgentes en el Sistema Interamericano, las medidas de naturaleza colectiva, así como cuestiones de implementación y seguimiento de tales medidas. Finalmente intentaremos responder a la pregunta de si las medidas urgentes en dicho sistema regional podrían representar una especie de amparo internacional.

²⁸³ Así, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, entre los órganos semijudiciales (lo propio ocurría con la hoy extinta Comisión Europea de Derechos Humanos; y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, entre los organismos judiciales. Las fuentes se detallan más adelante.

2. ASPECTOS GENERALES SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Las medidas cautelares las adopta la Comisión en virtud de las amplias facultades que le confiere para la protección de los derechos humanos la Convención Americana, a pesar de no referirse en forma expresa a este mecanismo. Desde que se iniciaran las transiciones a la democracia, la CIDH ha venido expandiendo el uso de las medidas cautelares, y comenzó crecientemente a solicitar a la Corte la emisión de medidas provisionales con el mismo objetivo.²⁸⁴

En realidad, bajo la denominación o no de medidas cautelares, la Comisión históricamente y desde la época de una fuerte presencia de regímenes autoritarios en la OEA había implementado la práctica de requerir acciones o información de manera urgente a los estados respecto de determinadas violaciones. Esto había ocurrido especialmente en los casos de personas detenidas a quienes presumiblemente se las haría desaparecer.

De allí que si bien las medidas cautelares se institucionalizaron de manera expresa recién en 1980 mediante su incorporación al Reglamento de la Comisión, en realidad dicho organismo venía ejerciendo tal función desde mucho antes, tanto respecto de casos en trámite como en ausencia de ellos. La institucionalización de las medidas ocurrida en 1980 tuvo como origen la entrada en funcionamiento de la Corte Interamericana, que entre sus poderes incluye el de dictar medidas provisionales. Como es la Comisión la que debe requerir a la Corte tales medidas, ello hizo necesario formalizar las cautelares, como paso previo a la solicitud de provisionales.

El uso de este mecanismo se amplió considerablemente junto con los procesos de democratización a partir de los años noventa, y si bien ha continuado concentrado en general en circunstancias de riesgo vital, también se ha hecho extensivo a la afectación de otros derechos en ciertos casos.

²⁸⁴ Véase, Jo M. Pasqualucci, *Interim Measures in International Human Rights: Evolution and Harmonization*; en: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 38, pp. 1-49, 2005.

Sólo dos Estados han cuestionado de manera reiterada la facultad de la CIDH para dictaminar medidas cautelares.²⁸⁵ Sin embargo, es evidente que de poderes tan amplios como los establecidos en el artículo 41 de la Convención Americana se desprende el de emitir esta clase de medidas. Por lo demás, como hemos apuntado, varios órganos semijudiciales de Naciones Unidas –análogos, por lo mismo, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos- adoptan medidas cautelares basados en una interpretación de los tratados que los fundan, a pesar de no hallarse contempladas explícitamente. Ellos son el Comité de Derechos Humanos,²⁸⁶ el Comité contra la Tortura²⁸⁷ y el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.²⁸⁸ Lo propio sucede respecto de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos²⁸⁹ y ocurría con la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos.²⁹⁰

No obstante, un tratado más reciente, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, sí se refiere a las medidas cautelares, estableciendo que para efectos de ese instrumento “el trámite de las peticiones o comunicaciones presentadas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en que se alegue la desaparición forzada de personas estará sujeto a los procedimientos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en los Estatutos y Reglamentos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluso las normas relativas a medidas cautelares.”²⁹¹

Por su parte, la Corte Interamericana ha ratificado en una serie de ocasiones en los últimos años la competencia de la Comisión para emitir medidas cautelares. Por

²⁸⁵ Se trata de Estados Unidos y Venezuela. Esto ha llevado a que, respecto de este último país, en algunas ocasiones la CIDH, cuando considera que las circunstancias lo ameritan, haya presentado directamente una solicitud de medidas provisionales ante la Corte en vez de acoger cautelares. En cambio, en relación con EE.UU., la Comisión emite cautelares, ya que la Corte carece de jurisdicción para conocer de casos contenciosos y por extensión de provisionales.

²⁸⁶ Reglamento del Comité de Derechos Humanos, Regla 86.

²⁸⁷ Reglamento del Comité contra la Tortura, Regla 108.

²⁸⁸ Véase, Juan E. Méndez y Ariel Dulitzky, *Medidas Cautelares y Provisionales*; en: Christian Courtis, Denise Hauser y Gabriela Rodríguez Huerta, *Protección Internacional de Derechos Humanos: Nuevos Desafíos*, cit., pp. 67-93, especialmente pp. 68 ss.

²⁸⁹ Reglamento de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Regla 111.

²⁹⁰ Se hallaba regulado en la Regla 36 del Reglamento que regía por esa época a dicha Comisión.

²⁹¹ Art. XIII de la Convención Interamericana sobre Desapariciones Forzadas. El subrayado es mío.

ejemplo, en el asunto Penitenciarías de Mendoza, el Presidente de la Corte, actuando a nombre de esta, señaló:

“[...] considero oportuno señalar que, en cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados deben implementar y cumplir con las resoluciones emitidas por sus órganos de supervisión: Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos. Por ende, *estoy seguro que el Estado atenderá las medidas cautelares de protección solicitadas por la Comisión* mientras la Corte decide respecto de la presente solicitud de medidas provisionales [...].”²⁹²

En igual sentido, en el asunto Fundación de Antropología Forense de Guatemala, el Presidente de la Corte Interamericana indicó que:

“la información presentada por la Comisión [...] demuestra, prima facie, que las medidas cautelares no han producido los efectos requeridos y que los funcionarios de la Fundación y los familiares de su Director Ejecutivo [...] se encuentran en una situación de extrema gravedad y urgencia, puesto que sus vidas e integridad personal continúan amenazadas y en grave riesgo. En consecuencia, esta Presidencia estima necesaria la protección de dichas personas, a través de medidas urgentes, a la luz de lo dispuesto en la Convención Americana.”²⁹³

A su vez, la Asamblea General de la OEA se pronunció al respecto en 2006, alentando a los Estados de la OEA a que “den seguimiento a las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, incluyendo, entre otras, las medidas

²⁹² Nota de Presidencia CDS-S/1713, de 5 de noviembre de 2004.

²⁹³ Fundación de Antropología Forense de Guatemala, MP, Resolución del Presidente de 21 de abril de 2006, considerando undécimo. El destacado es mío.

cautelares”²⁹⁴ ha continuado haciéndolo en los mismos términos en los años siguientes.²⁹⁵

Además, algunos Estados han adoptado medidas internas para reconocer y hacer operativas las medidas cautelares de la Comisión Interamericana. Así, la Decisión T-558/03 del 10 de julio de 2003 de la Corte Constitucional de Colombia es la primera de una serie de decisiones judiciales sancionando a funcionarios por incumplir con medidas cautelares o provisionales. En la misma dirección apunta la “Ley de habeas corpus y amparo” de Perú, que reconoce a sus habitantes el derecho a recurrir a la Comisión Interamericana a fin de buscar acciones de garantía en caso de amenaza a los derechos constitucionales (artículos 2 y 39).

Respecto de la tramitación de las medidas cautelares, esta carece de mayores formalidades. Al igual que respecto de las denuncias en el sistema de casos, cualquier persona o grupo de personas puede presentar una solicitud de cautelar ante la Comisión Interamericana.

Salvo que se encuentre reunida –lo que ocurre sólo durante algunos períodos cada año– la Comisión decide las solicitudes *on-line*, a partir de los antecedentes que recibe de la Secretaría Ejecutiva. Puede resolver inmediatamente la solicitud o bien requerir mayor información al solicitante y/o al Estado respectivo. Con los años, atendida la creciente receptividad que la Comisión ha encontrado en la mayoría de los Estados en relación con las medidas cautelares, ella ha venido incrementando sus solicitudes de información a ellos como paso previo a decidir acerca de una medida. En las modificaciones recientes al Reglamento de la CIDH esto se establece como regla general, disponiéndose que “[a]ntes de solicitar medidas cautelares, la Comisión requerirá al Estado involucrado información relevante, a menos que la urgencia de la situación justifique el otorgamiento inmediato de la medida.”²⁹⁶

²⁹⁴ AG/RES. 2227 (XXXVI-O/06) Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 6 de junio de 2006.

²⁹⁵ Véase, AG/RES. 2409 (XXXVIII-O/08), Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 3 de junio de 2008; AG/RES. 2522 (XXXIX-O/09), Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 4 de junio de 2009; AG/RES. 2601 (XL-O/10), Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 8 de junio de 2010.

²⁹⁶ Art. 25.5 del Reglamento de la Comisión.

Existen además tres aspectos procesales que son tomados en cuenta por la Comisión. El primero de ellos se refiere a “si se ha denunciado la situación de riesgo ante las autoridades pertinentes o los motivos por los cuales no hubiera podido hacerse.”²⁹⁷ Aplicando el principio de subsidiariedad, lo que se pretende con esta regla es que las situaciones urgentes sean resueltas a nivel interno de los Estados. No obstante, como se desprende del texto, no se trata de una regla de carácter absoluto, pudiendo acudir directamente ante el órgano interamericano si las circunstancias así lo ameritan. De todos modos, atendida la urgencia de las situaciones a que se refieren estas medidas, el Reglamento de la Comisión es más flexible al respecto que al regular el sistema de casos, que, siguiendo la Convención Americana, que exige el agotamiento de los recursos internos como regla general.

El segundo aspecto es el relativo a “la identificación individual de los potenciales beneficiarios de las medidas cautelares o la determinación del grupo al que pertenecen.”²⁹⁸ De nuevo, no se trata de una regla absoluta sino de un factor a considerar por la Comisión, ya que dicha identificación podría ser sólo aproximada en ciertas situaciones. En relación con la pertenencia a un grupo, ello tiene que ver con dotar de mayor eficacia a las medidas cautelares de naturaleza colectiva, que se revisan más adelante.

El tercer aspecto consiste en que la Comisión tendrá en cuenta “la expresa conformidad de los potenciales beneficiarios cuando la solicitud sea presentada a la Comisión por un tercero, salvo en situaciones en las que la ausencia de consentimiento se encuentre justificada.”²⁹⁹ Esto, desde luego, podría ocurrir en situaciones de desaparición forzada, pero también en otras en que la persona afectada no tenga acceso a la Comisión, típicamente cuando se encuentra privada de libertad pero también en otras hipótesis.

²⁹⁷ Art. 25.4.a del Reglamento de la Comisión.

²⁹⁸ Ídem.

²⁹⁹ Ídem.

Otros aspectos procesales, referidos al seguimiento de medidas cautelares emitidas por la Comisión, los analizaremos más adelante, a propósito de ese punto específico.

3. CAUSALES PARA LA CONCESIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Aunque la práctica de la Comisión en materia de medidas cautelares distinguía varias causales para su concesión, éstas recién han venido a ser reguladas expresamente mediante las reformas introducidas a su Reglamento que entraron en vigor el 31 de diciembre de 2009. De esta manera, pueden diferenciarse tres hipótesis para el otorgamiento de las medidas: una de carácter general referida a la prevención de daños irreparables a las personas en el contexto de casos en trámite en la CIDH; una concerniente a la salvaguarda del asunto objeto del litigio ante la propia Comisión; y una tercera relativa a evitar daños irreparables fuera del sistema de casos. Para todas estas hipótesis una modificación reglamentaria reciente señala que se atenderá además al contexto.

La primera de dichas hipótesis – referida a la prevención de ciertos daños en el contexto de la tramitación de denuncias en la CIDH- es la más habitual, y sigue de cerca la regulación contemplada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos sobre las medidas provisionales de la Corte Interamericana. Además de perseguirse evitar daños irreparables a las personas se establece la exigencia de que se trate de situaciones de gravedad y urgencia.³⁰⁰ Se trata de una de las formas de medidas urgentes que típicamente adoptan los organismos internacionales de derechos humanos.

La segunda hipótesis –incorporada de manera expresa sólo recientemente al Reglamento de la Comisión y que viene a recoger una práctica anterior³⁰¹ se refiere a la protección del “objeto del proceso en conexión con una petición o caso pendiente.” En esta circunstancia, como se advierte, ya no se trata de impedir daños irreparables a las personas, sino que es la materia misma sujeta a decisión en un caso en trámite en la Comisión la que se pretende salvaguardar. De esta manera, se trata de evitar que la decisión final del caso por la CIDH se vuelva fútil e inconducente. Al igual que la

³⁰⁰ Art. 25.1 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

³⁰¹ Mediante la reforma a su art. 25.1, que entró en vigencia el 31 de diciembre de 2009.

primera hipótesis, la presente usualmente se encuentra dentro del alcance de las medidas urgentes adoptadas por órganos internacionales de derechos humanos. Más aun, como nota Antonio Cançado Trindade, al analizar el desarrollo de las medidas urgentes (que el autor denomina genéricamente medidas provisionales) en el Derecho Internacional Público general, ellas “siempre encararon la probabilidad o inminencia de un ‘daño irreparable’, y la preocupación o necesidad de asegurar la ‘futura realización de una situación jurídica dada’.”³⁰²

La tercera hipótesis consiste en la emisión de medidas cautelares fuera del sistema de casos, es decir, cuando no existe una denuncia en trámite ante la Comisión. La analizamos con mayor detalle por el hecho de que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es el único órgano semi-judicial del Sistema Internacional de Protección de dichos derechos que emite medidas urgentes en ausencia de una denuncia. Así, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el Comité contra la Tortura, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, para señalar algunos de ellos, solo adoptan tales medidas en el contexto de denuncias en trámite ante ellos. Lo mismo sucedía en la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos.

Hasta hace poco, la adopción de medidas cautelares bajo esta tercera hipótesis sólo derivaba de una práctica de la CIDH –basada en las amplias facultades que le confiere la Convención Americana. Recientemente, la Comisión ha reafirmado su interpretación de dicho tratado en el sentido de que se encuentra autorizada al respecto. De este modo, la reforma a su Reglamento que entró en vigor el 31 de diciembre de 2009, establece en lo pertinente lo que se indica a continuación:

“En situaciones de gravedad y urgencia la Comisión podrá, a iniciativa propia o a solicitud de parte, solicitar que un Estado adopte medidas cautelares a fin de prevenir daños irreparables a personas que se encuentren bajo la jurisdicción de éste, en forma independiente de cualquier petición o caso pendiente.”³⁰³

³⁰² Antonio Cançado Trindade, *The Evolution of Provisional Measures Under the Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights (1987-2002)*; en: *Human Rights Law Journal* Vol. 24, N°5-8, pp.162-168 (2003). La traducción es mía.

³⁰³ Art. 25.2 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (el subrayado es mío).

El hecho de que la Comisión Interamericana emita medidas cautelares aun en ausencia de una denuncia tiene que ver con las peculiaridades de su desarrollo institucional y con los poderes generales que le otorgan diversos instrumentos interamericanos. Así, desde sus primeros años de funcionamiento ella adoptó un papel proactivo, que la condujo, por ejemplo, a no declarar inadmisibles las denuncias presentadas (a pesar de carecer durante los primeros años del poder para tramitarlas) sino a emplearlas como insumo para la elaboración de Informes sobre Países. Asimismo, desde un comienzo la Comisión requirió información a los Estados acerca de las presuntas violaciones, llamándolos en ocasiones a modificar su conducta.

Debe agregarse que ciertas medidas cautelares que en principio no tienen conexión con un caso pueden llegar a tenerla, ya que, por ejemplo, cuando se trata de medidas dirigidas a la protección de defensores/as de derechos humanos, la tutela de sus derechos puede resultar indispensable para que puedan presentar denuncias de violaciones ante la Comisión.

Además, se trata de una práctica consolidada y aceptada por los Estados. De hecho, ni aun los dos Estados que señalábamos al principio de que cuestionan su validez distinguen entre medidas cautelares relacionadas y no relacionadas con casos. Cabe añadir que el nivel de cumplimiento de las cautelares por parte de los Estados es superior al de su acatamiento de decisiones de fondo bajo el sistema de casos de la Comisión.

La cuestión de las medidas cautelares no relacionadas con el sistema de casos de la Comisión fue objeto de debate al interior de ésta durante la preparación del Reglamento de 1980, cuando ellas fueron expresamente consagradas. En efecto, se redactó una sucesión de textos sobre este asunto. En este sentido, el primer Anteproyecto que sometió a consideración la Secretaría Ejecutiva al pleno de la Comisión³⁰⁴ proponía sobre este particular el siguiente texto:

“La Comisión, en cualquier momento de la tramitación de una petición o comunicación, podrá solicitar al Gobierno aludido que adopte las

³⁰⁴ Anteproyecto del Reglamento de la Comisión Interamericana, documento de trabajo preparado por la Secretaría Ejecutiva, OEA/Ser. L/V/II.49, 27 de marzo de 1980, página 13.

medidas provisionales que sean necesarias para evitar un daño irreparable a las personas mencionadas en la petición o comunicación. La recomendación de dichas medidas provisionales no prejuzgará la decisión que en definitiva adopte la Comisión respecto del caso sometido a su consideración.”³⁰⁵

Según se aprecia, el Anteproyecto en análisis se refería a las medidas urgentes de la Comisión como “medidas provisionales”, siguiendo la nomenclatura que utiliza la Convención Americana para referirse a las medidas urgentes de la Corte. Además, concernía a la situación de “personas mencionadas en la comunicación” (víctimas, testigos, peticionarios) durante “cualquier momento de la tramitación de una petición”, por lo que las medidas estaban concebidas para el contexto de una denuncia en trámite ante la CIDH. A mayor abundamiento, la disposición reseñada se encontraba situada en el Capítulo II del Anteproyecto, denominado “De las peticiones y comunicaciones referentes a Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

Unos días más tarde, a requerimiento del pleno de la Comisión, la Secretaría presentó sobre este asunto una nueva versión del Anteproyecto,³⁰⁶ en la que se introduce el término “medidas cautelares”, así como las nociones de “extrema urgencia y gravedad”, recogiendo así los estándares establecidos por la Convención Americana para las medidas provisionales; además, al igual que el primer Anteproyecto, se vinculan las medidas urgentes al contexto de tramitación de denuncias. Por último, se establece un límite temporal para pedir las medidas: ello debe ocurrir antes de que la Comisión se pronuncie sobre el fondo en forma definitiva.³⁰⁷

³⁰⁵ Este texto se hallaba en principio en el art. 37.

³⁰⁶ Anteproyecto del Reglamento de la Comisión Interamericana, documento de trabajo preparado por la Secretaría Ejecutiva, OEA/Ser. L/V/II.49 doc 6 rev.2, 1 de abril de 1980, página 12.

³⁰⁷ El texto completo del borrador sobre este punto era el siguiente:

- “1. La Comisión podrá, a iniciativa propia o a petición de parte, tomar cualquier acción que considere necesaria para el desempeño de sus funciones.
2. En caso de *extrema* urgencia y gravedad, cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Comisión al solicitar informaciones al Estado aludido sobre las presuntas violaciones mencionadas en una petición, podrá pedir que sean tomadas medidas cautelares para evitar que se consuma un daño irreparable, en el caso de ser verdaderos los hechos denunciados.
3. Si la Comisión no está reunida, el Presidente, uno de los Vicepresidentes, o el Secretario Ejecutivo por instrucciones del mismo, consultará con los miembros sobre la aplicación de lo dispuesto en el párrafo 1. Si no fuera posible hacer la consulta en tiempo útil, el Presidente tomará la decisión, en nombre de la Comisión y la comunicará a sus miembros.

El asunto continuó en discusión en la Comisión y finalmente se sometió a su consideración un tercer borrador, que resultaría el definitivo y que se incluyó en el nuevo Reglamento. El texto estableció lo que sigue:

- “1. La Comisión podrá, a iniciativa propia o a petición de parte, tomar cualquier acción que considere necesaria para el desempeño de sus funciones.
2. En casos urgentes, cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Comisión podrá pedir que sean tomadas medidas cautelares para evitar que se consume un daño irreparable, en el caso de ser verdaderos los hechos denunciados.
3. Si la Comisión no está reunida, el Presidente, o a falta de éste uno de los Vicepresidentes, consultará por medio de la Secretaría con los demás miembros sobre la aplicación de lo dispuesto en el párrafo 1 y 2 anteriores. Si no fuera posible hacer la consulta en tiempo útil, el Presidente tomará la decisión, en nombre de la Comisión y la comunicará inmediatamente a sus miembros.
4. El pedido de tales medidas y su adopción no prejuzgan la materia de la decisión final.”³⁰⁸

De este modo, no se condicionó la concesión de una cautelar a la presentación de una denuncia. De hecho, la disposición en referencia fue trasladada desde el lugar que ocupaba en los borradores originales –en el título referido a la tramitación de casos- a las normas generales del Reglamento de la Comisión.

Como indicáramos al comienzo, entre las modificaciones incorporadas recientemente al Reglamento de la Comisión se cuenta una que señala que esta tendrá en consideración el contexto de la situación al momento de decidir acaso otorgar o no las medidas cautelares.³⁰⁹ El sentido de esta disposición es poner en evidencia que al

4. Las medidas previstas en este Artículo podrán ser pedidas en cualquier otro momento de la tramitación de la denuncia, antes de la decisión final sobre los hechos. El pedido de tales medidas y su adopción no prejuzgan la materia de la decisión final.”

³⁰⁸ Art. 26 del Reglamento de la Comisión de 1980.

³⁰⁹ Art. 25.4 del Reglamento de la Comisión.

adoptar una decisión sobre una solicitud de medida urgente, la Comisión no considera el planteamiento formulado aisladamente. Dada la urgencia de los requerimientos en esta materia, la decisión de la CIDH descansa en parte en la ponderación acerca de la verosimilitud de los hechos planteados, juicio que, a su vez, se basa en parte en el contexto en que tienen lugar los hechos. Por ejemplo, respecto de las medidas cautelares solicitadas por ciudadanos hondureños después del Golpe de Estado en 2009, este fue un factor relevante, atendida la precariedad de la protección de los derechos humanos en dicho contexto a nivel policial y judicial interno.³¹⁰

4. ASPECTOS GENERALES DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES

Como hemos anotado, las medidas provisionales se encuentran expresamente previstas en la Convención Americana y sólo se aplican a los Estados Partes de dicho instrumento. De acuerdo a lo establecido en la Convención, tales medidas proceden “[e]n casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas.”³¹¹ Su consagración en el tratado no dejar ningún margen de duda acerca del carácter obligatorio de las medidas provisionales.³¹²

El mismo artículo establece, en términos de etapas procesales, que las medidas provisionales pueden otorgarse tanto a propósito de los asuntos de los que esté conociendo la Corte cuanto “si se tratare de asuntos que aún no están sometidos a su conocimiento, [en cuyo caso] podrá actuar a solicitud de la Comisión.”

Respecto de la primera hipótesis, en los ochenta, la Comisión había solicitado a la Corte que ordenara este tipo de medidas a los estados en el contexto de los primeros casos contenciosos en trámite ante ésta.³¹³ En los noventa, además de continuárselas solicitando en una serie de casos pendientes ante la Corte, la Comisión comenzó además a pedir las en el contexto de algunos casos que no habían llegado a la Corte, sino que

³¹⁰ Medida Cautelar 196-09, adoptada inicialmente el 28 de junio de 2009 y ampliada a través de una serie de decisiones posteriores de la Comisión. Véase una descripción al respecto en el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Honduras: Derechos Humanos y Golpe de Estado, párrafos 37ss. (2009).

³¹¹ Artículo 63.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³¹² Véase, Antonio Cançado Trindade, *The Evolution of Provisional Measures Under the Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights (1987-2002)*, *cit.*, pág.164.

³¹³ Revísese, Corte IDH, *Medidas Provisionales (Compendio)*, 1987-1996, Serie E N°1, pp.1-11.

estaban en trámite ante la propia Comisión. Ello sucedió a partir de los casos Bustíos-Rojas³¹⁴ y Chunimá.³¹⁵

Aplicando la lógica de la autonomía creciente de las víctimas una vez iniciado un caso contencioso ante la Corte,³¹⁶ una modificación introducida al Reglamento de ésta en 2004 dispuso que ellas podrán presentar directamente la solicitud de medidas provisionales. En el Reglamento de la Corte de 2010 se precisa que las medidas “deberán tener relación con el objeto del caso.”³¹⁷

Dado que en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos existen, como hemos visto, dos tipos de medidas urgentes –cautelares en la Comisión y provisionales en la Corte-, una de las preguntas que se plantea es bajo qué circunstancias la Comisión expide una cautelar y desestima solicitar una medida provisional a la Corte y en cuáles circunstancias solicita estas últimas. Cabe agregar que la decisión al respecto no es definitiva, ya que puede suceder que la Comisión inicialmente acoja una solicitud de medida cautelar y más adelante decida que las circunstancias ameritan presentar un pedido de provisional a la Corte.

En relación con solicitudes de medidas urgentes que no digan relación con un caso contencioso en tramitación en la Corte, si bien no existen criterios expresos para la solicitud de medidas provisionales por parte de la Comisión a la Corte Interamericana, la lógica es la misma que inspira actualmente a la presentación de casos contenciosos por la Comisión a la Corte: cuando la Comisión aprecia que el Estado respectivo no dará cumplimiento –o ha dejado de dárselo- a la medida cautelar presenta la solicitud de medida provisional. Además –como anticipáramos- puede ocurrir que en un primer momento la Comisión otorgue una medida cautelar y transcurrido un tiempo significativo – y cuando así lo ameriten las circunstancias-, decida solicitar una provisional. Así ocurrió, por ejemplo, en el caso del ciudadano chino Wong Ho Wing,

³¹⁴ Corte IDH, Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Perú), resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de junio de 1990.

³¹⁵ Corte IDH, Medidas Provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de Guatemala, Caso Chunimá, resolución del 1º de agosto de 1991.

³¹⁶ Conforme a la cual los representantes de las víctimas pasaron de actuar como simples asesores de la Comisión en los juicios ante la Corte, a adquirir autonomía en la etapa de reparaciones (1996) y posteriormente desde el momento del inicio del juicio (con el Reglamento de la Corte de 2001).

³¹⁷ Artículo 25.3 del Reglamento de La Corte Interamericana de Derechos Humanos.

preso en Perú, quien presentó una denuncia ante la Comisión por violaciones al debido proceso y solicitó una medida cautelar alegando la inminencia de su extradición por presuntos delitos de defraudación aduanera, lavado de dinero y cohecho a la República Popular China, donde podría aplicársele la pena de muerte. La Comisión otorgó las cautelares en marzo de 2009³¹⁸ y el proceso siguió su curso en Perú. Casi un año después la Comisión efectuó una solicitud de medidas provisionales a la Corte, basándose en que a una decisión reciente de la Corte Suprema peruana concediendo la extradición se sumaba el señalamiento explícito de dicho tribunal de que las medidas cautelares no poseían carácter obligatorio, con lo cual dichas medidas se tornaban insuficientes para proteger la vida del beneficiario, haciéndose necesario solicitar medidas provisionales a la Corte Interamericana.

En lo que atañe a la ponderación que efectúa la Comisión para, concurriendo los requisitos respectivos, determinar acaso otorgar medidas cautelares o, en cambio, solicitar directamente provisionales, Héctor Faúndez Ledesma ha observado que “[e]n ocasiones, la propia Corte parece haber visto con buenos ojos que primero se hayan utilizado las medidas cautelares, propias de la Comisión, y que sólo posteriormente, en caso de que ellas no resulten suficientes, se recurra al tribunal; por otra parte, la Corte ha considerado que la circunstancia que las medidas cautelares adoptadas por la Comisión no hayan producido los efectos de protección requeridos, y que no se hayan tomado por el gobierno medidas adecuadas de protección, constituyen ‘circunstancias excepcionales’ que hacen necesario ordenar medidas urgentes –o medidas provisionales- para evitar daños irreparables a las personas.”³¹⁹ En cualquier caso, es en la propia Comisión que radica la facultad de solicitar o no una medida provisional a la Corte (salvo en casos en curso ante el tribunal, en que intervienen los representantes de la víctima).

Según hemos señalado, el grado de cumplimiento de las cautelares por los Estados es superior al de su ejecución de resoluciones de la CIDH en casos específicos. De allí que la cantidad de medidas provisionales solicitadas y dictadas sea

³¹⁸ Medida Cautelar 10-09, 31 de marzo de 2009.

³¹⁹ Héctor Faúndez Ledesma, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos Institucionales y Procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 3ª edición (2004), p.518. Se han eliminado dos referencias contenidas en el texto original, en las cuales se indican las fuentes jurisprudenciales respectivas, a saber, los casos Vogt y Cemento Teherán y Otros para la primera de las afirmaciones del autor y el caso Serech y Saquic para la segunda.

considerablemente inferior al de cautelares. Sólo en circunstancias sumamente calificadas, tales como situaciones en que es inminente la ejecución de una pena de muerte o en las que el contexto excepcional de la situación así lo amerita, la Comisión solicita medidas provisionales directamente, sin dictaminar respecto de cautelares en forma previa. Pero la lógica es la misma que la antes señalada, con la diferencia que en estas dos últimas hipótesis se trata de una apreciación *ex ante* que efectúa la Comisión. Cabe agregar que si bien por regla general la apreciación sobre el potencial cumplimiento que hace la Comisión se refiere a la medida específica de que se trate, respecto de aquellos Estados que niegan de manera sistemática dar cumplimiento a las medidas cautelares, la Comisión presenta directamente una solicitud de medidas provisionales ante la Corte.

A lo anterior cabe añadir que el criterio que han mantenido la Comisión y la Corte es que sólo se pueden solicitar medidas provisionales respecto de aquellos Estados que hayan reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte. Faúndez Ledesma ha afirmado que ello podría hacerse extensivo a todos los Estados que hayan ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, independientemente de si han o no reconocido la mencionada jurisdicción. Al respecto, el autor en análisis resalta el hecho de que “en el sistema interamericano, esta institución [las medidas provisionales] encuentra aplicación no sólo como un incidente en un procedimiento judicial ya en curso ante el tribunal, sino que también puede ser el resultado de una solicitud de la Comisión en un asunto aún no sometido ante la Corte”, agregando que “las medidas provisionales no forman parte de la competencia contenciosa de la Corte, sino de sus competencias como órgano de protección de los derechos humanos; en este sentido, no puede perderse de vista que la Corte ha señalado reiteradamente que, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el propósito de las medidas provisionales, además de su carácter esencialmente preventivo, es proteger efectivamente derechos fundamentales, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas.”³²⁰ El argumento no resulta del todo convincente, puesto que la Convención Americana contempla las medidas provisionales en el contexto de casos contenciosos pendientes ante la Corte o susceptibles de llegar a conocimiento de ésta, evento este último que no podrá tener lugar si el Estado respectivo no ha reconocido su jurisdicción contenciosa.

³²⁰ Ambas citas están tomadas de Ídem, p.520. Faúndez Ledesma desarrolla extensamente su argumento en pp.519-529.

Distinta es la situación de las medidas cautelares de la Comisión, concebidas explícitamente en el ámbito más amplio de las diversas funciones de este órgano y no sólo en el de su competencia para conocer de casos.

Respecto de la tramitación de las medidas provisionales en la Corte Interamericana, ella ha ido experimentando transformaciones. El primer Reglamento de dicho tribunal establecía que si el mismo no se hallaba reunido al momento de la solicitud, su Presidente debía convocarla lo antes posible. La única alternativa que se contemplaba consistía en que el Presidente requiriera a las partes que actuaran de manera de facilitar la efectividad de cualquier medida que pudiera llegar a ser adoptada. Ello lo hacía el Presidente en consulta con la Comisión Permanente de la Corte o con todos los jueces si ello era posible. Todo esto significaba dilaciones en situaciones que por su propia naturaleza son urgentes. De allí que la Corte modificara su Reglamento en 1993, estableciendo que si la Corte no se hallara reunida, el Presidente podría requerir al Estado respectivo a tomar las medidas urgentes, lo cual quedaba sujeto a ratificación en el período de sesiones siguiente del tribunal.

Posteriormente, y como lo describe el ex juez y Presidente de la Corte Interamericana, Antonio Cançado Trindade, se produjeron al respecto desarrollos que “han fortalecido la posición de los individuos en búsqueda de protección. En el caso del Tribunal Constitucional (2000), la magistrada Delia Revoredo Marsano de Mur, destituida del Tribunal Constitucional del Perú, sometió directamente a la Corte Interamericana, el 03 de abril de 2000, una solicitud de medidas provisionales de protección. Tratándose de un caso pendiente ante la Corte Interamericana, y no estando esta última en sesión en aquel entonces, el Presidente de la Corte, por primera vez en la historia del tribunal, adoptó medidas urgentes, *ex officio*, en Resolución del 07 de abril de 2000, dados los elementos de extrema gravedad y urgencia, y para evitar daños irreparables a la peticionaria.”³²¹ El Pleno de la Corte ratificó posteriormente lo dictaminado por el Presidente de la misma.

³²¹ Antonio Augusto Cançado Trindade, *El Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000) y su proyección hacia el futuro: la emancipación del ser humano como sujeto del Derecho Internacional*; en: Antonio Augusto Cançado Trindade y Manuel E. Ventura Robles, *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2ª Edición Actualizada y Ampliada, Corte Interamericana de Derechos Humanos y UNHCR/ACNUR, San José de Costa Rica, 2004, pp. 21-115. La cita es de página 83.

Lo mismo ocurrió en el caso Loayza Tamayo, cuando, en diciembre de 2000, encontrándose el asunto con sentencia condenatoria y bajo supervisión de cumplimiento por parte de la Corte, una persona particular, junto con la hermana de la víctima, presentaron una solicitud medidas provisionales, la que fue acogida por el Presidente de la Corte y ratificada después por ésta.

5. LOS DERECHOS SUSCEPTIBLES DE PROTECCIÓN MEDIANTE MEDIDAS CAUTELARES Y PROVISIONALES

Un aspecto central de la temática en estudio se refiere a cuáles son los derechos susceptibles de ser protegidos mediante el mecanismo de medidas urgentes en el Sistema Interamericano. Tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos como el Reglamento de la Comisión –instrumentos que, como hemos apuntado, consagran las medidas provisionales y cautelares, respectivamente- establecen para su concurrencia, entre otros, el requisito de que sean inminentes daños irreparables a las personas. Esto ha significado que, en la práctica, un muy alto porcentaje de las medidas urgentes otorgadas lo han sido en relación con el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal. En el caso del primero de tales derechos, típicamente se trata de personas en serio riesgo ya sea por parte de organismos estatales, paramilitares u otros análogos, pero también puede tratarse de personas en grave riesgo dentro de su núcleo familiar. Esto ocurre especialmente en contextos de violencia contra la mujer o contra niños(as).³²² En cuanto a aquellas medidas urgentes destinadas a salvaguardar la integridad personal, además de situaciones similares –*mutatis mutandi*- a las recién descritas, existe una serie de medidas que han sido otorgadas por la Comisión y la Corte respecto de condiciones carcelarias especialmente graves.³²³

Sin embargo, en una serie de medidas urgentes han sido otros derechos los protegidos, tanto por vía de cautelares como de provisionales. Algunas situaciones emblemáticas han sido la protección del derecho de propiedad indígena mediante

³²² Véase, por ejemplo, MC 265/07 MAA y sus hijas (México), 12 de febrero de 2008.

³²³ Véase, entre otras, las medidas provisionales adoptadas en el asunto de la Cárcel de Urso Branco (Brasil), Resolución de 2 de mayo de 2008; Uribana (Venezuela), Resolución de 2 de febrero de 2007; Penitenciarías de Mendoza (Argentina), Resolución de 22 de noviembre de 2004; etc.

medidas provisionales en el contexto del caso Awas Tingni,³²⁴ así como a través de una serie de medidas cautelares en la Comisión;³²⁵ las medidas provisionales destinadas a proteger la libertad de expresión en el marco de los casos Herrera Ulloa (Costa Rica)³²⁶; Diarios El Nacional y Así es la Noticia;³²⁷ y Globovisión,³²⁸ estos dos últimos respecto de Venezuela; y las medidas provisionales destinadas a salvaguardar, además de la vida e integridad personal, la protección especial a los niños en la familia y el derecho de

³²⁴ Resolución de 6 de septiembre de 2002, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. La Corte resolvió, entre otras cosas, “[r]equerir al Estado que adopte, sin dilación, cuantas medidas sean necesarias para proteger el uso y disfrute de la propiedad de las tierras pertenecientes a la Comunidad Mayagna Awas Tingni y de los recursos naturales existentes en ellas, específicamente aquéllas tendientes a evitar daños inmediatos e irreparables resultantes de las actividades de terceros que se han asentado en el territorio de la Comunidad o que exploten los recursos naturales existentes en el mismo, hasta tanto no se produzca la delimitación, demarcación y titulación definitivas ordenadas por la Corte.” (Parte resolutive, párrafo 1).

³²⁵ MC 253-05: Caso 12.548 (Comunidad Garífuna de Triunfo de la Cruz / Honduras, 28 de abril de 2006); MC 304-05: Petición 674-06 (Caso Comunidad Garífuna de San Juan / Honduras, 7 de julio de 2006); MC 402-02: Petición 4617-02 (Caso Mercedes Julia Huentao y otras / Chile, 1 de agosto de 2003); MC 155-02: Caso 12.338 (Doce Clanes Saramaka / Surinam, 8 de agosto de 2002); MC 204-01 (Comunidad Indígena Yakye Axa del Pueblo Enxet-Lengua / Paraguay, 26 de septiembre de 2001); MC 124-00 (Comunidades Indígenas Mayas y sus miembros/ Belice, 20 de octubre de 2000).

³²⁶ Resolución de la Corte Interamericana de 7 de septiembre de 2001, Caso Mauricio Herrera Ulloa. La Corte señaló:

“Que la libertad de expresión, consagrada en el artículo 13 de la Convención, es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.” (párrafo 6)

“Que es necesario ordenar la suspensión de la publicación en el periódico “La Nación” del “por tanto” de la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Penal de Juicios del Primer Circuito Judicial de San José el 12 de noviembre de 1999, y la suspensión del establecimiento de una “liga”, en *La Nación Digital*, entre los artículos querellados y la parte dispositiva de esa sentencia, por cuanto dichas publicaciones causarían un daño irreparable al señor Mauricio Herrera Ulloa; lo anterior no ocurriría de aplicarse los otros puntos dispositivos de dicha sentencia. La referida suspensión debe mantenerse hasta que el caso sea resuelto en definitiva por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos.” (párrafo 7)

Se ha eliminado una nota a pie de página contenida en el texto original de la sentencia.

³²⁷ Corte IDH, Resolución de 6 de julio de 2004, Asunto Diarios “El Nacional” y “Así es la Noticia.” Las referencias al derecho a la libertad de expresión se encuentran en los párrafos 9 y siguientes. La parte resolutive incluye el requerimiento al Estado para “que adopte, sin dilación, las medidas que sean necesarias para brindar protección perimetral a las sedes de los medios de comunicación social “El Nacional” y “Así es la Noticia.”

³²⁸ Corte IDH, Resolución de 4 de septiembre de 2004, Asunto de la Emisora de Televisión “Globovisión”. Allí se señala expresamente que los derechos protegidos son la vida, la integridad física y la libertad de expresión, además de la protección de la sede de la emisora (párrafo 18).

circulación y residencia de las personas, como se señala expresamente en la Resolución de la Corte en el caso de las niñas Jean y Bosico (Caso de Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana).³²⁹

Otro derecho que fue objeto de tutela por la vía de una cautelar fue el de acceso a la información pública. Esto se dio en la medida que prohibió la destrucción de las boletas de la elección para Presidente de la República realizadas en México.³³⁰ Por la vía de la cautelar, además de salvaguardarse el derecho mencionado, se procuró preservar la finalidad del litigio ante la Comisión, ya que la cuestión del acceso o no de la ciudadanía a las boletas electorales constituía el núcleo de una denuncia presentada ante la CIDH.³³¹ El Estado mexicano acató la medida cautelar y evitó la destrucción de las boletas electorales. En 2011 la denuncia fue declarada inadmisibile y la medida cautelar fue levantada.³³²

Resulta difícil poder establecer con exactitud qué porcentaje de medidas urgentes corresponden a la protección de la vida e integridad personal y qué porcentaje a otros derechos. Graciela Rodríguez y Luis Miguel Cano realizan una estimación al respecto, anotando que “si se hace un análisis de las medidas cautelares que de 1996 a 2007 ha dictado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, puede concluirse que de las 597 medidas dictadas en total en este período, 478 se encuentran relacionadas preponderantemente con la protección a la vida e integridad de las personas y las 119 restantes tienen que ver con otros temas.”³³³ Esto arroja porcentajes cercanos al 80% y

³²⁹ Corte IDH, Resolución de 18 de agosto de 2000, Caso de Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana, párrafo 9, en el que se establece “[q]ue los antecedentes presentados por la Comisión en su solicitud demuestran *prima facie* una situación de extrema gravedad y urgencia en cuanto a los derechos a la vida, integridad personal, protección especial a los niños en la familia y derecho de circulación y residencia de las personas identificadas en el *Addendum* de la Comisión de 13 de junio de 2000 (*supra* Vistos 3) y precisadas en la parte decisoria de la presente Resolución de la Corte (*infra* Puntos Resolutivos 1, 3, 4, 5, 6 y 7).”

³³⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, MC102/08, Rafael Rodríguez Castañeda.

³³¹ Graciela Rodríguez Manzo y Luis Miguel Cano López, Acceso a la información y democracia: medidas cautelares en torno a acceso a las boletas de la elección presidencial de 2006 en México; en: *Revista CEJIL* N°4, Diciembre 2008, pp.1-9.

³³² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 165/11, Petición 492-08, Inadmisibilidad, Rafael Rodríguez Castañeda (México), 2 de noviembre de 2011.

³³³ Ídem, pág.5 (se han eliminado dos referencias a pie de página contenidas en el texto original). Los autores agregan que entre esos otros temas se hallan “la libertad personal; la investigación del paradero de las personas; permitir el regreso al país de origen; la devolución de documentos de identidad, suspensión de órdenes de expulsión, deportación o extradición; el revocamiento de órdenes de captura y poner fin a persecuciones, y dejar de amedrentar a las personas; la suspensión de concesiones que afectan el ambiente; la protección de los derechos de propiedad; evitar confiscación de bienes, garantizar el debido

20% respectivamente. A mi juicio, sin embargo, efectuar este tipo de estimaciones puede conducir a resultados equívocos, puesto que como las medidas cautelares a menudo no explicitan los derechos a ser protegidos, de una misma medida pueden desprenderse conclusiones diversas. Una serie de los ejemplos proporcionados por los autores³³⁴ podrían ser reconducidos a medidas destinadas a salvaguardar la integridad personal, como, por ejemplo, dependiendo de las circunstancias específicas del asunto, situaciones de afectación del debido proceso, de la libertad personal, de suspensión de expulsión de un país, etc. Esto no significa desconocer que efectivamente se otorgan medidas urgentes respecto de derechos distintos a la vida e integridad personal, sino que su determinación precisa es difícilmente alcanzable.³³⁵ De cualquier manera se trata de un porcentaje pequeño de las medidas cautelares otorgadas por la Comisión Interamericana.

6. LAS MEDIDAS URGENTES DE NATURALEZA COLECTIVA

El desarrollo jurisprudencial en materia de medidas cautelares y provisionales ha incluido la cuestión de aquellas de carácter colectivo. Si bien el sistema de casos de la Comisión y la Corte ha experimentado una significativa diversidad en las últimas dos

proceso; la investigación y revisión de diligencias extrajudiciales; permitir el libre acceso a instancias judiciales; dar cumplimiento al mandamiento de habeas corpus; determinar situación jurídica de detenidos; suspensión de ejecución de sentencias distintas a las que imponen pena de muerte; regularización de las condiciones en los centros de detención; los derechos de reunión, asociación y derechos políticos; los derechos de residencia y de circulación; derecho al nombre, a protección de la familia, derechos del niño; adopción internacional de niños; garantizar el derecho a la educación; protección de pueblos indígenas frente a terceros; la libertad de conciencia, aseguramiento de oficinas; protección de centros arqueológicos; protección de instalaciones de emisoras de radio, la garantía de la libertad de expresión y del derecho a la información.” Ídem, pp.5-6.

³³⁴ Véase la nota precedente.

³³⁵ Aunque no lo señala expresamente - salvo en lo referido al derecho de propiedad, en que sí lo hace-, Faúndez Ledesma parece sostener que las medidas provisionales sólo podrían ser dictadas para salvaguardar el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal. Sin embargo, sobre la base de los argumentos y la jurisprudencia que hemos expuesto pareciera claro que tales medidas sí pueden ser adoptadas en relación con otros derechos. Véase, Héctor Faúndez Ledesma, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, cit., pp.544 ss. La alusión al derecho de propiedad se encuentra en pág.547. Por su parte, Jo M. Pasqualucci aprecia una evolución al respecto, anotando que “[e]n casos más recientes, la Corte parece haber ampliado su interpretación de daño irreparable para incluir cualquier tipo de daño irreparable a las personas. Por ejemplo, una persona o comunidad de personas puede sufrir daño irreparable en ciertos casos si sus tierras ancestrales taladas y despojadas de árboles. Las personas pueden sufrir también daño irreparable en ciertos casos si son privadas de sus posesiones personales o de su forma de ganarse la vida. La Corte –añade autora- debería considerar acaso la acción con la que se amenaza dañará a una persona de tal manera que una indemnización pecuniaria no la compensará por la pérdida. Si tal es el caso, y el daño es serio, la Corte debería ordenar medidas provisionales.” Jo M. Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, cit., pp.304-305 (la traducción es mía).

décadas, y el mismo ya no se concentra de manera casi exclusiva en violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos –como ocurría durante el período de predominio de regímenes autoritarios en la región-, dado que el grueso de las medidas urgentes expedidas se refieren a situaciones de grave riesgo para la vida y la integridad de las personas, en no pocas oportunidades ellas se han referido a situaciones de carácter colectivo. En lo concerniente a las medidas cautelares de la Comisión, las reformas reglamentarias recientes aluden expresamente a las de carácter colectivo, al incorporarse una disposición que establece que “[l]as medidas a las que se refieren los incisos 1 y 2 anteriores (las cautelares según sus diferentes causales) podrán ser de naturaleza colectiva a fin de prevenir un daño irreparable a las personas debido a su vínculo con una organización, grupo o comunidad de personas determinadas o determinables.”³³⁶

Así, algunas de las medidas provisionales expedidas por la Corte Interamericana en casos paradigmáticos mencionados en el párrafo anterior, como el de *Awas Tingni* –entre otros referidos a pueblos indígenas-³³⁷ y el de las niñas *Jean y Bosico* (Haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana) se referían justamente a situaciones de índole colectiva.

También se han expedido medidas urgentes de carácter colectivo en relación con condiciones carcelarias extremas, como las ya mencionadas de *Urso Branco* (Brasil), *Uribana* (Venezuela) y *Penitenciarías de Mendoza* (Argentina), además de una serie de otras referidas a condiciones de reclusión de niños y adolescentes (*FEBEM – Brasil*)³³⁸ o de personas con discapacidad mental.³³⁹

Lo propio ha sucedido respecto de varias situaciones de la misma naturaleza en el contexto del conflicto armado en Colombia, como, por ejemplo, las medidas provisionales dictadas por la Corte Interamericana en el caso de la *Comunidad de Paz*

³³⁶ Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Art. 25.3.

³³⁷ Véase al respecto también, entre otros, *Caso del Pueblo Indígena Sarayaku*, Medidas Provisionales, Resolución de 6 de julio de 2004, *Comunidad Kankuamo*, Medidas Provisionales, Resolución de 5 de julio de 2004.

³³⁸ Caso de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el “Complejo de Tatuapé” de FEBEM (Brasil), Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Medidas Provisionales, 30 de noviembre de 2005.

³³⁹ Medida Cautelar 277-07, *Pacientes del Hospital Neuropsiquiátrico* (Paraguay), 29 de julio de 2008.

de San José de Apartadó³⁴⁰ y las de las comunidades afrodescendientes del Jiguamiandó y del Curbaradó,³⁴¹ además de numerosas medidas cautelares de la Comisión.

Más recientemente, a raíz del Golpe de Estado en Honduras en junio de 2009, se adoptó una medida cautelar colectiva que progresivamente se fue engrosando con más beneficiarios, alcanzando a varios cientos de personas.³⁴² La gran mayoría de las situaciones cubiertas por esta cautelar se refieren a la protección de la vida e integridad personal, aunque algunas conciernen a graves riesgos para el ejercicio de la libertad de expresión.

7. LA IMPLEMENTACIÓN Y SEGUIMIENTO DE LAS MEDIDAS URGENTES

Sin perjuicio de que, en principio, las medidas urgentes puedan disponer cosas tan distintas como levantar un acto de censura, paralizar una determinada obra o poner en libertad a una persona, en la gran mayoría de ellas lo que se dispone es que el Estado proporcione protección a la vida e integridad personal. Usualmente, esto se llevará a cabo por medio de protección policial, ya sea con custodia permanente o bajo alguna otra modalidad, como rondas periódicas del lugar donde habita o trabaja el beneficiario de la medida.

La protección policial puede a veces resultar problemática para los beneficiarios de las mismas, especialmente cuando el riesgo inminente que los ha llevado a solicitar las medidas ha provenido precisamente de las fuerzas policiales o de otros agentes u órganos estatales con los cuales los vínculos de la policía pueden ser estrechos. De hecho, en ocasiones los solicitantes de medidas cautelares no tienen conocimiento al momento de pedirlos de que, en caso de ser acogidas, lo más probable es que ellas consistan en la asignación de protección policial. Por ejemplo, en las medidas cautelares emitidas por la Comisión Interamericana en los meses posteriores al Golpe de Estado en Honduras – a las cuales ya hemos hecho mención- ocurrió precisamente esto, ya que un

³⁴⁰ Caso de la Comunidad de Paz de San José Apartadó, Medidas Provisionales, Resolución de 18 de junio de 2002.

³⁴¹ Caso de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó, Medidas Provisionales, Resolución de 6 de marzo de 2003.

³⁴² Medida Cautelar 196-09.

importante número de beneficiarios de las mismas no tenía la expectativa de que la cautelar consistiría en la protección por la policía y no pocos de ellos se negaron a ésta.

Un factor relevante para lo ocurrido con la implementación de las cautelares en Honduras parece haber sido el que, con anterioridad al Golpe de Estado, no fueran frecuentes las cautelares respecto de ese país, por lo que la población tenía escaso conocimiento sobre ellas y su modo de operar en la práctica. En cambio, en países como Colombia, Guatemala o México, que son los tres que han registrado la mayor cantidad de cautelares emitidas en los últimos diez años, el conocimiento que la sociedad civil tiene acerca de la forma de implementación de dichas medidas es mayor y, por lo mismo, son menos frecuentes las situaciones problemáticas derivadas de que el aspecto principal de dicha implementación suela consistir en la protección policial.

Cabe añadir que, en la práctica, incluso en contextos en los cuales existan organismos policiales que puedan haber tenido una vinculación con quienes han provocado la intimidación a los beneficiarios, en la gran mayoría de los casos esos organismos cumplen su papel de protección. La causa para ello no parece ser otra que la supervisión más estrecha de la policía que se produce por parte de otros organismos estatales, interesados en no quedar expuestos internacionalmente en caso de que el beneficiario sea objeto de una agresión que la cautela busca precisamente impedir. Ello en un contexto de mayor visibilidad de la situación urgente. De allí que sea muy poco frecuente – aunque, por desgracia, suceda en ocasiones- que personas beneficiadas con medidas cautelares sean víctimas de agresiones mortales.

En cuanto al seguimiento de cautelares y provisionales, tal como en el sistema de casos, son la Comisión y la Corte por sí mismas las que llevan a cabo un seguimiento de dichas medidas, sin que exista un respaldo o iniciativas al respecto de parte de los órganos políticos de la OEA. Este seguimiento se da tanto a través de comunicaciones escritas entre dichos órganos, los beneficiarios y el Estado respectivo, como por medio de audiencias. Estas últimas son más frecuentes en la Corte que en la Comisión – en consideración al gran número de audiencias que ésta realiza acerca de otros asuntos, tales como casos, países y temas-, aunque tiene lugar en ocasiones, como cuando existen serios problemas de incumplimiento. Así, por ejemplo, la Comisión ha realizado

varias audiencias públicas de seguimiento a las medidas cautelares que emitiera respecto de las personas privadas de libertad por Estados Unidos en Guantánamo.³⁴³

Un problema frecuente del seguimiento de las medidas urgentes de la Comisión y la Corte consiste en su larga duración. Cuando estos órganos emiten una cautelar o una provisional no le fijan un plazo límite. En la práctica existe un importante número de medidas urgentes en el Sistema Interamericano que se hallan en vigor desde hace años.

Las modificaciones introducidas al Reglamento de la Comisión se refieren a varios aspectos relativos al seguimiento de las medidas cautelares, teniendo en consideración también la duración que estas suelen alcanzar. Al respecto se indican roles para la Comisión y para los Estados, así como la participación de los beneficiarios. En este sentido, se dispone primeramente acerca del papel de la Comisión que ésta “evaluará con periodicidad la pertinencia de mantener la vigencia de las medidas cautelares otorgadas”³⁴⁴, como una manera de evitar que estas se prolonguen más allá de lo necesario. En relación con la iniciativa del Estado, el Reglamento establece que “[e]n cualquier momento, el Estado podrá presentar una petición debidamente fundada a fin de que la Comisión deje sin efecto la solicitud de adopción de medidas cautelares.” En el curso de este trámite, “[l]a Comisión solicitará observaciones a los beneficiarios o sus representantes antes de decidir sobre la petición del Estado”, precisándose que “[l]a presentación de dicha petición no suspenderá la vigencia de las medidas cautelares otorgadas.”³⁴⁵

³⁴³ Medida Cautelar de 12 de marzo de 2002 (Estados Unidos). De acuerdo a dichas medidas, emitidas aproximadamente dos meses después de que EE.UU. comenzara a transferir detenidos a su base en Guantánamo, la CIDH solicitó al Estado que adoptara las medidas urgentes necesarias para que un tribunal competente determinara la situación jurídica de los beneficiarios. En 2005 la Comisión amplió las medidas cautelares, solicitando a Estados Unidos “que investigara a fondo y de manera imparcial todas las instancias de tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, y que llevara a juicio y castigara a los responsables.” Posteriormente la CIDH aprobó la Resolución No 1/06, “urgiendo a Estados Unidos a cerrar el centro de detención de Guantánamo en forma inmediata, a trasladar a los detenidos en total cumplimiento con el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar que los detenidos tuvieran acceso a un proceso judicial justo y transparente ante una autoridad competente, independiente e imparcial.” Las citas son del Comunicado de Prensa de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 02/09, de 27 de enero de 2009.

³⁴⁴ Art. 25.6 del Reglamento de la Comisión Interamericana.

³⁴⁵ Las tres citas son del art. 25.7 del Reglamento de la Comisión Interamericana.

Mientras una cautelar se encuentre en vigor, la Comisión puede requerir la información que considere relevante al Estado y los beneficiarios acerca de la observancia de la misma. Una modificación reglamentaria dispone que “[e]l incumplimiento sustancial de los beneficiarios o sus representantes con estos requerimientos, podrá ser considerado como causal para que la Comisión deje sin efecto la solicitud al Estado de adoptar medidas cautelares.”³⁴⁶

8. ¿SON LAS MEDIDAS URGENTES UN AMPARO INTERNACIONAL?

Dado que por la vía de las medidas cautelares es posible obtener un pronunciamiento urgente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la pregunta que se plantea en ocasiones es acaso la solicitud de las mismas constituiría una especie de recurso de amparo para proteger derechos a nivel internacional. Como hemos apuntado, tal solicitud puede tener lugar tanto en el contexto de una denuncia interpuesta ante la propia Comisión como en ausencia de esta, que posee competencia al respecto a partir de sus amplios poderes de protección de los derechos humanos. De esta manera, y considerando que a través del mecanismo de las medidas urgentes es posible obtener un pronunciamiento rápido del órgano internacional, ello podría asemejarse en principio al amparo a nivel interno. Se trata de un asunto no menor, puesto que, como se sabe, en algunos países el amparo ha venido a constituirse en una vía expedita para “saltarse” el procedimiento habitual, especialmente en el contexto de sistemas judiciales internos colapsados de trabajo. Atendida la dilación que existe en la tramitación de casos en el sistema interamericano de derechos humanos, podría eventualmente producirse un fenómeno análogo que a nivel local.

Sin embargo, tanto conceptualmente como en la práctica ello está lejos de ocurrir. En lo que concierne al primer aspecto, los parámetros para la concesión de las cautelares y provisionales son más estrictos que los contemplados habitualmente para el otorgamiento de un amparo a nivel interno. Dichos parámetros se refieren a la perentoria exigencia de urgencia de las medidas así como con la irreparabilidad de la situación en caso de no ser ellas otorgadas. Así, como hemos visto, en lo referido a las medidas cautelares, el Reglamento de la Comisión establece que ellas deben ir dirigidas

³⁴⁶ Art. 25.8 del Reglamento de la Comisión Interamericana.

a la prevención de “daños irreparables a las personas o al objeto del proceso en conexión con una petición o caso pendiente”, en tanto que la Convención Americana regula las medidas provisionales para “casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas.”

En la práctica, el desarrollo jurisprudencial de la Comisión y la Corte Interamericana en materia de medidas cautelares y provisionales también da cuenta de un tratamiento muy diferente al que usualmente se da al amparo en los sistemas judiciales internos. Así, si bien el objeto de las solicitudes de cautelares y provisionales abarca una amplísima gama de asuntos, incluyendo, entre muchas otras, tuiciones de niños y adolescentes, alegadas afectaciones al debido proceso, materias migratorias, cuestiones relativas al derecho de propiedad, condiciones carcelarias, etc., lo cierto es que la gran mayoría de las cautelares y provisionales que se otorgan se refieren a la vida e integridad personal. Respecto de las condiciones de salud de las personas privadas de libertad, cabe considerar que lo que hace la CIDH es determinar si la referida enfermedad o dolencia es lo suficientemente grave como para, de no atenderse adecuadamente a tiempo el propuesto beneficiario pudiera sufrir un daño irreparable.³⁴⁷

En este sentido, y por mencionar sólo algunos de ellos a título ilustrativo, entre los aspectos que suelen ser objeto de solicitudes de medidas urgentes y que casi invariablemente –aunque no de manera absoluta- quedan excluidos de la concesión de las mismas en el Sistema Interamericano se encuentran las disputas sobre tuición de menores que no reflejen una afectación de la vida o integridad personal de estos; las dilaciones en los procesos judiciales internos; las sentencias alegadamente arbitrarias; las expropiaciones de bienes raíces; etc.

Si se considera el número de medidas cautelares acogidas en relación con el total de solicitudes presentadas se concluye asimismo que su concesión está lejos de

³⁴⁷ Así, se han concedido cautelares respecto de personas privadas de libertad que padecían de tuberculosis (MC-236-08, Personas privadas de libertad en la Penitenciaría Polinter-Neves /Brasil, 1 de junio de 2009); diabetes mellitus (MC-148-05, Luis Williams Pollo Rivera /Perú, 27 de julio de 2005); diabetes (MC-612-03, Mariano Bernal Fragoso /México, 11 de septiembre de 2003); oclusión completa de la vena aorta y gangrena en los miembros inferiores (MC- 1018-04, Luis Miguel Sánchez Aldana /Surinam, 11 de noviembre de 2004); tumoración en la espalda, dificultades respiratorias, infección crónica de un oído y úlcera duodenal (MC-395-02, Francisco Chaviano González /Cuba, 6 de diciembre de 2002); problemas prostáticos (MC-276-02, Wilson García Asto /Perú, 4 de abril de 2002).

constituir la regla general. En este sentido, en el período de cinco años que abarca desde 2006 a 2010 inclusive, las cifras son las siguientes:

Año	Cautelares solicitadas	Cautelares otorgadas
2006	314	37
2007	250	40
2008	301	28
2009	324	34
2010	375	68 ³⁴⁸

Como se aprecia de las cifras precedentes, el porcentaje habitual de concesión de medidas cautelares es algo mayor de un 10% de las solicitudes presentadas, con un notorio incremento en 2010. Las cifras son semejantes para años anteriores de la última década, salvo en 2002 en que la cantidad de cautelares otorgadas fue más alta de lo usual. El porcentaje de provisionales otorgadas en relación con las solicitadas históricamente ha sido más alto, lo que obedece fundamentalmente al hecho de que en su gran mayoría ellas han pasado previamente por el “filtro” de la Comisión. Como hemos expuesto, la CIDH emplea la solicitud de provisionales como una suerte de “último recurso” cuando no puede solucionar la situación por sí misma. Decimos que en su gran mayoría las medidas urgentes que son pedidas a la Corte han pasado por el filtro de la Comisión porque algunas de ellas – las menos- son presentadas directamente en el contexto de casos contenciosos pendientes ante el propio tribunal.

Considerando esta variedad de antecedentes, no parece existir fundamento para equiparar las medidas urgentes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos con el amparo en el Derecho Comparado. La posibilidad de que personas que consideren que sus derechos han sido vulnerados recurran, por así decirlo, *per saltum* a la Comisión Interamericana vía medidas cautelares sorteando el sistema de casos no dará resultado a menos de que concurran los requisitos propios de tales medidas, diferentes y en ciertos aspectos más estrictos que los de admisibilidad de una denuncia.

³⁴⁸ Fuente: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informes Anuales.

CAPÍTULO VI: LA EVOLUCIÓN DE LAS OTRAS FUNCIONES DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1. INTRODUCCIÓN

Además de la tramitación de casos y medidas cautelares, la CIDH posee un amplio rango de funciones, derivadas de la Carta de la OEA, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos. Durante los procesos de democratización la CIDH ha desarrollado o fortalecido una serie de prácticas basadas en tales facultades.

El artículo 41 de la Convención Americana es el que contempla la mayoría de dichos poderes, entre los que se incluyen, además de los referidos a la tramitación de casos, “estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América”, el “formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos”, “preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones”, “solicitar de los gobiernos de los Estados Miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos” y “atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten.”³⁴⁹ Como ha señalado un ex Presidente de la CIDH, “[a]demás de las peticiones, [la Comisión] debe mantenerse al tanto de las tendencias generales para desempeñar las diversas funciones prescritas por el artículo 41 de la Convención Americana”, añadiendo que “[e]sto lo lleva a cabo empleando una metodología de amplio alcance.”³⁵⁰ A su turno, el artículo 43 del referido tratado establece que “[l]os Estados Miembros se obligan a proporcionar a la Comisión las informaciones que ésta

³⁴⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, art.41.

³⁵⁰ Michael Reisman, Practical Matters for Consideration in the Establishment of a Regional Human Rights Mechanism: Lessons from the Inter-American Experience, en *Saint Louis-Warsaw Transatlantic Law Journal* Vol.89, 1995, pp.89-101. Ambas citas son de pág.92.

les solicite sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de esta Convención.”³⁵¹

2. LAS TRANSFORMACIONES EN LAS LABORES DE MONITOREO DE PAÍSES DE LA COMISIÓN

a) Evolución de los informes sobre países

Como describiéramos en el capítulo I de este trabajo, durante sus tres primeras décadas de funcionamiento, la función principal de la CIDH fue el monitoreo de la situación de los países en materia de derechos humanos. En este sentido, desde el inicio de sus operaciones, la Comisión publicó una serie de tales informes, que en ocasiones tuvieron un impacto relevante. La CIDH además adoptó como una práctica consistente la realización de visitas *in loco* a los Estados, para obtener información de primera mano, tener un contacto directo con las víctimas, la sociedad civil y las autoridades, así como para influir a través de la visita misma –y no sólo por medio del informe posterior a ella, que a veces toma un tiempo largo- en el mejoramiento de la situación.

A ello cabe añadir que la realización constante de visitas fue decisiva para hacer conocida y proporcionar visibilidad a la Comisión en los Estados de la OEA, posicionándola como un organismo relevante. Posteriormente, durante los procesos de democratización que han tenido lugar en el Continente Americano estas labores han continuado, pero con ciertas transformaciones.

Al respecto, ya señalábamos de manera introductoria que en la década de los noventa la Comisión formuló un conjunto de criterios para la inclusión de informes sobre países en su Informe Anual, así como adoptó de manera permanente ciertas prácticas que anteriormente sólo se habían aplicado de manera ocasional, como la transmisión de un borrador completo del Informe al Estado respectivo.³⁵² Durante esa década la práctica de las visitas continuó en términos generales con sus características históricas, en el sentido de consistir en visitas del conjunto de la Comisión.

³⁵¹ Ídem, art.43.

³⁵² Véase el capítulo II.

Los criterios señalados al respecto fueron los siguientes: 1) cuando se trata de "Estados regidos por gobiernos que no han llegado al poder mediante elecciones populares, por el voto secreto, genuino, periódico y libre, según normas y principios internacionalmente aceptados"; 2) cuando se trata de "Estados donde el libre ejercicio de los derechos consignados en la Convención Americana o la Declaración Americana ha sido en efecto suspendido, en su totalidad o en parte, en virtud de la imposición de medidas excepcionales, tales como el estado de emergencia, el estado de sitio, suspensión de garantías, o medidas excepcionales de seguridad, entre otras"; 3) "[c]uando existen pruebas fehacientes de que un Estado comete violaciones masivas y graves de los derechos humanos garantizados en la Convención Americana, Declaración Americana o los demás instrumentos de derechos humanos aplicables", en especial cuando se trata de violaciones de derechos que no pueden suspenderse, como las ejecuciones extrajudiciales, la tortura y la desaparición forzada; 4) cuando se trata de "Estados que se encuentran en un proceso de transición de cualquiera de las tres situaciones arriba mencionadas"; y 5) cuando se trate de "situaciones coyunturales o estructurales, que estén presentes en Estados que por diversas razones enfrenten situaciones que afecten seria y gravemente el goce y disfrute de los derechos fundamentales, consagrados en la Convención Americana o en la Declaración Americana. Este criterio incluye, por ejemplo: situaciones graves de violencia que dificultan el funcionamiento adecuado del Estado de Derecho; graves crisis institucionales; procesos de reforma institucional con graves incidencias negativas para los derechos humanos; u omisiones graves en la adopción de disposiciones necesarias para hacer efectivos los derechos fundamentales." ³⁵³ Si bien en el Reglamento de la Comisión no se hace referencia a estos criterios, ellos continúan vigentes, ya que al comienzo de cada Informe de País, la CIDH señala el criterio conforme al cual se decidió prepararlo.

Al respecto, aunque la CIDH ha ido afinando sus criterios, lo cierto es que el sistema es muy superior al tradicionalmente empleado en la ONU, puesto que la antigua Comisión de Derechos Humanos de ese organismo poseía una composición política, mientras que en el caso de la Comisión Interamericana se trata de un órgano integrado

³⁵³ Por ejemplo, en el Informe Anual más reciente de la CIDH analizado para la presente tesis, el correspondiente a 2010, dichos criterios aparecen en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2010sp/CAPÍTULO.IV.INTRO.doc>

por personas que actúan a título individual. Si, por otra parte, se compara la práctica de la CIDH con la del actual Consejo de Derechos Humanos de la ONU, se mantiene la ventaja recién expuesta derivada de la composición de uno y otro órgano (ya que el Consejo, como la antigua Comisión de la ONU, está integrada por Estados). A ello cabe agregar que lo años que ha tomado la puesta en marcha de un comité interestatal en la OEA para evaluar los informes de los Estados en materia del cumplimiento del Protocolo de San Salvador, demuestran que un sistema de revisión entre pares (“peer review”), como el del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, no resulta fácil de implementar en el Sistema Interamericano.

A la CIDH se le ha planteado de tiempo en tiempo por algunos Estados la necesidad de que sus informes cubran a todos ellos y no sólo a algunos. Ello, se señala, tendría la ventaja de proporcionar una visión sobre la situación de los derechos humanos en todos los países del Continente Americano y evitaría que algunos Estados se sintieran discriminados. En relación con el primer aspecto, es necesario anotar que la CIDH ya lleva cabo esa labor más general, especialmente a través de sus informes temáticos, así como otras vías. Más significativamente, publicar informes sobre todos los países conduciría a un desperfilamiento de la labor de monitoreo de la situación de aquellos Estados en que el contexto es más grave, restándole visibilidad a esas situaciones. Ello supondría además un trabajo adicional para la Comisión en un contexto de serias restricciones presupuestarias.

Cabe señalar que además de los informes sobre países que la CIDH publica en el capítulo IV de su Informe Anual, ella continúa con su práctica histórica de elaborar informes especiales sobre la situación de un Estado, esto es, que consisten en un volumen dedicado únicamente a dar a conocer la situación de derechos humanos en un país específico. La publicación de tales informes especiales es mucho menos frecuente que los informes del capítulo IV, debido al trabajo y recursos que ellos requieren.

La decisión de publicar un informe especial por parte de la Comisión no siempre obedece a la concurrencia de alguno de los criterios para incorporar a un país en el capítulo IV del informe anual. Es así como la CIDH ha publicado una serie de informes especiales sobre países que por la época de su publicación no formaban parte del

referido capítulo IV, como, por ejemplo, sobre Paraguay en 2001³⁵⁴ y Bolivia en 2007.³⁵⁵ Asimismo, en la década de los noventa del siglo pasado, la CIDH preparó, entre otros, informes especiales sobre Brasil³⁵⁶ y México,³⁵⁷ países que no aparacieron en el capítulo IV del Informe Anual. Cuando se refieren a Estados que no se hayan incluidos en el capítulo IV, tales informes especiales suelen obedecer a la necesidad de efectuar una labor de monitoreo más intensa, que dé cuenta de manera más acabada sobre la situación de los derechos humanos en un país determinado.

No obstante lo anterior, durante la primera década del siglo XXI la mayoría de los informes especiales de países se han referido a Estados que se hallaban incluidos en el capítulo IV. Tal ha sido el caso de Guatemala en 2003,³⁵⁸ de Haití en 2005³⁵⁹ y 2007,³⁶⁰ de Venezuela en 2003³⁶¹ y 2009,³⁶² y de Honduras en 2009³⁶³ y 2010.³⁶⁴ Respecto de Colombia, que ha sido incluido a lo largo de la última década en el capítulo IV del Informe Anual, la CIDH no ha publicado un informe especial de carácter general, pero en cambio, ha elaborado una serie de informes referidos a aspectos específicos de su situación de derechos humanos. En tal sentido, la Comisión ha publicado informes sobre el proceso de desmovilización (2004),³⁶⁵ sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz (2007),³⁶⁶ sobre el seguimiento al proceso de desmovilización (2007),³⁶⁷ sobre una serie de medidas provisionales en favor de comunidades afrodescendientes,³⁶⁸

³⁵⁴ CIDH, Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, 9 de marzo 2001.

³⁵⁵ CIDH, Acceso a la Justicia e Inclusión Social: el camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia, 28 de junio 2007.

³⁵⁶ CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil, 29 de septiembre de 1997.

³⁵⁷ CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en México, 24 de septiembre de 1998.

³⁵⁸ CIDH, Justicia e Inclusión Social: los Desafíos de la Justicia en Guatemala, 29 de diciembre de 2003.

³⁵⁹ CIDH, Haití: ¿Justicia frustrada o Estado de Derecho?. Desafíos para Haití y la Comunidad Internacional, 26 de octubre de 2005.

³⁶⁰ CIDH, Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre su visita a Haití en abril de 2007, 2 de marzo de 2008.

³⁶¹ CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela, 2 de marzo de 2003.

³⁶² CIDH, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela, 30 de diciembre de 2009.

³⁶³ CIDH, Honduras: Derechos Humanos y Golpe de Estado, 30 de diciembre de 2009.

³⁶⁴ CIDH, Observaciones Preliminares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre su visita a Honduras realizada del 15 al 18 de mayo de 2010, 3 de junio de 2010.

³⁶⁵ CIDH, Informe sobre el Proceso de Desmovilización en Colombia, 13 de diciembre de 2004.

³⁶⁶ CIDH, Informe sobre la Implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, 2 de octubre de 2007.

³⁶⁷ CIDH, Seguimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Proceso de Desmovilización de las AUC en Colombia: Compendio de Documentos Publicados (2004-2007).

³⁶⁸ CIDH, Informe sobre la visita al terreno en relación con las medidas provisionales ordenadas a favor de los miembros de las comunidades constituidas por el Consejo Comunitario del Jiguamiandó y las familias del Curbaradó, Municipio de Carmen del Darién, Departamento del Chocó, República de Colombia, 20 de febrero de 2009.

además de un pronunciamiento sobre la aplicación de la Ley de Justicia y Paz (2006)³⁶⁹ y de un conjunto de bases para una política de reparaciones (2008).³⁷⁰ A ello cabe añadir dos informes temáticos sobre Colombia: uno referido al impacto de la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado interno en las mujeres (2007)³⁷¹ y otro acerca de la situación de los afrodescendientes (2009).³⁷²

b) Cambios en las modalidades de visitas

Los Estados que fueron objeto del mayor número de visitas en los 90s fueron Guatemala (primero en el contexto de conflicto armado interno y luego en la transición desde el mismo) y Perú (especialmente después del autogolpe del entonces Presidente Alberto Fujimori).³⁷³ Entre 1991 y 2000 la Comisión efectuó un total de 37 visitas *in loco*.

Durante la primera década del siglo XXI cambió significativamente la naturaleza de las visitas a los Estados. En efecto, y especialmente a partir de la segunda mitad de esa década, el número de visitas realizada por el conjunto de la Comisión –lo que se ha entendido por visitas *in loco*– se redujo sustancialmente, mientras que se incrementó de manera exponencial la cantidad de visitas efectuadas sólo por el Comisionado Relator del país respectivo. Estas últimas visitas han pasado a ser denominadas visitas de trabajo. Desde luego, tanto en las visitas del conjunto de la CIDH como en las visitas de trabajo, participa también de ellas personal de la Secretaría Ejecutiva de la Comisión.

Así, entre 2001 y 2009 el número de visitas *in loco* propiamente tales disminuyó a 15, es decir, a menos de la mitad de las efectuadas en la década anterior, (es decir del conjunto de la Comisión), varias de ellas debido a circunstancias muy calificadas como el Golpe de Estado fallido que tuvo lugar en Venezuela en 2002 o el ocurrido en

³⁶⁹ CIDH, Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia (2006).

³⁷⁰ CIDH, Lineamientos principales para una política integral de reparaciones (2008).

³⁷¹ CIDH, Las Mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia, 18 de octubre de 2006.

³⁷² CIDH, Observaciones Preliminares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tras la visita del Relator sobre los derechos de los afrodescendientes y contra la discriminación racial a la República de Colombia, 27 de marzo de 2009.

³⁷³ Información tomada de <http://www.cidh.oas.org/visitas.esp.htm> . Última consulta efectuada el 19 de septiembre de 2011.

Honduras en 2009 (a raíz del cual se efectuó una segunda visita *in loco* en 2010). Más aún, en la segunda mitad de la década, se efectuaron sólo cuatro visitas *in loco*.

En cambio, durante este período se han efectuado decenas de visitas de trabajo a una gran cantidad de Estados de la OEA. Ello por añadidura a las visitas que efectúan los Relatores Temáticos de la Comisión, a las cuales nos referiremos al tratar de dichas relatorías.

Esta transformación de las prácticas de la CIDH en materia de visitas obedece fundamentalmente a dos factores: el cambio en los tipos de violaciones a los derechos humanos y la modificación de la relación entre la Comisión y los Estados. Todo ello además en un contexto de restricciones presupuestarias. Sin embargo, como tales restricciones siempre han existido para la CIDH, son los otros dos factores señalados los que han propiciado el cambio en las visitas.

Respecto del primero de dichos factores, al disminuir de manera importante el número de países en los que se llevan a cabo prácticas masivas y sistemáticas a los derechos humanos, la herramienta históricamente utilizada por la Comisión, consistente en realizar visitas de la totalidad de sus integrantes ha dejado de ser imprescindible de forma tan cotidiana como ocurría en el pasado. Aunque una visita del conjunto de la Comisión usualmente obtendrá una mayor cobertura que una de sólo un Comisionado, en un contexto en el que se respete el derecho a la libertad de expresión, en el que se encuentra reconocida la legitimidad de ser opositor al gobierno de turno y en el que la participación de la sociedad civil se desarrolle con normalidad, una visita de trabajo regularmente tendrá asimismo una cobertura significativa. A ello cabe añadir que en la actualidad a veces se realizan numerosas visitas de trabajo a un mismo país, lo cual sería imposible (desde luego en términos presupuestarios y eventualmente por las dilaciones en la anuencia del Estado) si toda la Comisión debiera viajar.

Las visitas de trabajo que se llevan a cabo actualmente cumplen en realidad muchas de las funciones antes desempeñadas por la visitas del conjunto de la Comisión. El Comisionado se reunirá con autoridades de los distintos Poderes del Estado, con la sociedad civil, con colectivos vulnerables, etc. Podrá visitar, según el contexto de que se trate, establecimientos carcelarios, comunidades indígenas o de afrodescendientes en los

lugares que ellos habitan. Llevará a cabo reuniones para procurar alcanzar soluciones amistosas en casos pendientes en la CIDH. Dará seguimiento a las decisiones de la Comisión referidas al Estado respectivo para conducir a su cumplimiento, así como a medidas cautelares adoptadas. Podrá recibir nuevas denuncias. Además, la visita de trabajo podrá concluir con una conferencia y un comunicado de prensa, aunque, sobre este particular, existe una diferencia con las visitas del conjunto de la Comisión, que invariablemente incluyen tales actividades, lo cual en el caso de las visitas de trabajo puede o no ocurrir.

En cuanto al segundo factor mencionado, esto es, al cambio en la relación entre la CIDH y la mayoría de los Estados de la OEA, lo cierto es que desde una relación que con frecuencia era de carácter confrontacional (especialmente de parte de aquellos Estados que eran objeto de visitas *in loco*, que usualmente eran los que presentaban cuadros más graves de violaciones) se ha pasado a otra más colaborativa. Las visitas de trabajo son asumidas por la gran mayoría de los países como algo normal. Por cierto que a raíz de una visita de trabajo pueden tener lugar situaciones conflictivas entre la Comisión y el Estado al cual ella es realizada, pero usualmente esos conflictos son canalizados adecuadamente, en un contexto de un mayor pluralismo al interior de los Estados.

Una muestra clara de este cambio en la relación es la “política de puertas abiertas” que una serie de Estados de la OEA han establecido para la Comisión. Esta política consiste en que un Estado formula una declaración por escrito en la que establece que está permanentemente disponible para visitas de la CIDH, debiendo sólo acordarse una fecha precisa para tales efectos, la que en todo caso debiera ser cercana, de manera de no dilatar la realización de la visita.³⁷⁴ Otros Estados que no han formulado una declaración formal al respecto, han manifestado ante los órganos políticos de la OEA y ante la propia Comisión su disponibilidad en el mismo sentido.

La alta frecuencia y la importante cantidad de países que cubren las visitas de trabajo permiten en la actualidad a la Comisión realizar labores de monitoreo de mayores alcances que en el pasado, cuando las visitas *in loco* se concentraban en

³⁷⁴ Los Estados que han manifestado esta disposición formalmente son Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Paraguay, Perú y Uruguay.

aquellos Estados con situaciones más extremas. La realización de las visitas de trabajo hoy en día, legitiman a la CIDH con los diversos actores internos a un punto que no era posible llegar antiguamente. Su presencia frecuente produce también a menudo efectos de adaptación de las normativas internas a los estándares internacionales, lo cual, además de implicar la conformidad con los instrumentos interamericanos, permite que una cantidad importante de situaciones sean resueltas internamente, evitando recargar con aun más casos a los órganos de derechos humanos del sistema interamericano.

c) Una experiencia reciente de monitoreo: el Golpe de Estado en Honduras y sus impactos

La relevancia de la labor de monitoreo de la Comisión quedó nuevamente de manifiesto en años recientes, a raíz del Golpe de Estado de 2009 en Honduras. En tal contexto, la CIDH ha desplegado una intensa labor de monitoreo de la situación de derechos humanos, empleando a fondo una serie de sus funciones. El mismo día del Golpe de Estado, la Comisión emitió un comunicado de prensa alertando sobre la gravedad de la situación,³⁷⁵ el que sería seguido por numerosos comunicados desde entonces. La Comisión requirió asimismo información al Estado respecto de lo que acaecía. Desde el día mismo del Golpe, la CIDH recibió una gran cantidad de solicitudes de medidas cautelares, que acogió inmediatamente y decidió consolidar en una sola medida, dado que las situaciones planteadas correspondían a un contexto similar y como una manera de llevar a cabo su tramitación de la manera más expedita y eficaz posible.³⁷⁶ Dos días después del Golpe, la Comisión solicitó al Estado la realización de una visita *in loco*, con el doble objetivo de monitorear de manera más intensa e informada la situación y de contribuir a mejorar el estado de cosas, especialmente de las potenciales víctimas.³⁷⁷

Cabe señalar que Honduras era uno de los Estados que había formulado expresamente una invitación permanente a la CIDH bajo el régimen que precedió al Golpe. La invitación tuvo lugar al cabo de algunas semanas y la CIDH efectuó una visita *in loco* en el mes de agosto de 2009, un mes y medio después del Golpe de

³⁷⁵ CIDH, Comisión Interamericana de Derechos Humanos condena enérgicamente golpe de Estado en Honduras, Comunicado de Prensa 42/09, 28 de junio de 2009.

³⁷⁶ Medida Cautelar 196/09.

³⁷⁷ CIDH solicita visitar Honduras, otorga medidas cautelares y pide información, Comunicado de Prensa 45/09, 30 de junio de 2009.

Estado. La Comisión recibió el apoyo en materia de recursos de la Secretaría General de la OEA y mantuvo informado al Consejo Permanente de la OEA acerca de su preparación. Cabe agregar que dicho Consejo, a pesar de suspender a Honduras de sus derechos de participar en la OEA, mandató expresamente a la CIDH para monitorear la situación de los derechos humanos en ese país. En rigor, independiente de que el Consejo Permanente la hubiera o no mandado en tal sentido, la Comisión mantenía las facultades que le confieren la Carta de la OEA y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, la Carta Democrática Interamericana establece que “[e]l Estado Miembro que hubiera sido objeto de suspensión deberá continuar observando sus obligaciones como miembro de la Organización, en particular en materia de derechos humanos.”³⁷⁸ Dado que la CIDH es el órgano de la OEA encargado del monitoreo de la situación de tales derechos, se desprende tácitamente que también conforme a la Carta Democrática Interamericana mantiene sus poderes.

Durante la visita, la Comisión se reunió con las autoridades de facto, con la Oposición, con la sociedad civil, con periodistas, con empresarios y otras personas e instituciones. Recibió además numerosas denuncias de violaciones específicas, solicitudes de medidas cautelares, así como información relevante para la elaboración de un Informe, que la CIDH anunció a la ciudadanía. Además de mantener su cuartel general de operaciones en Tegucigalpa, la capital, la CIDH se trasladó una serie de otras ciudades y poblados, especialmente aquellos respecto de los cuales había recibido informaciones más graves. Como es usual, la Comisión concluyó su visita *in loco* efectuando una conferencia de prensa, en la cual distribuyó un comunicado en que dio cuenta de la información recibida y formuló algunas recomendaciones urgentes.

En su período de sesiones de fines de octubre y comienzos de noviembre de 2009, la CIDH celebró varias audiencias públicas en las cuales recabó información adicional y actualizada sobre la situación de los derechos humanos en Honduras, a las cuales concurrieron una serie de organizaciones de la sociedad civil. Al refugiarse el ex Presidente Zelaya en la Embajada de Brasil en Tegucigalpa, la CIDH solicitó la

³⁷⁸ Artículo 21 inciso 2º de la Carta Democrática Interamericana. Para un análisis de dicho instrumento, consúltese, Pedro Nikken, Análisis de las definiciones conceptuales básicas para la aplicación de los mecanismos de defensa colectiva de la democracia previstos en la Carta Democrática Interamericana, *Revista IIDH* N°43, 2006, pp.13-53.

realización de una nueva visita *in loco*, para conocer de manera directa los cambios quedicho refugio pudiera haber producido en el país. La Comisión, sin embargo, no recibió respuesta del Estado a pesar de sus insistencias.

En el mes de diciembre de ese mismo año, la Comisión publicó un informe basado en su visita *in loco* así como en la información recabada con posterioridad a la misma. Dicho informe, titulado *Honduras: derechos humanos y golpe de Estado*, analiza el impacto de la ruptura del orden democrático en la situación de tales derechos, concentrándose en aquellos aspectos de mayor gravedad. No se trata, por lo mismo, de un informe que revise transversalmente el estado de todos los derechos humanos en Honduras, sino de manera especial la de aquellos que se han visto más comprometidos a causa del Golpe de Estado, resaltando el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal particularmente en relación con ejercicio del derecho de reunión (puesto que durante el gobierno de Micheletti los participantes en manifestaciones públicas en oposición al Golpe a menudo vean seriamente afectada su integridad personal), el derecho a la libertad personal, los derechos políticos, el derecho a la libertad de expresión, los derechos humanos de la mujeres, y el derecho a la educación en relación con el derecho de huelga (a propósito de las huelgas de profesores). Además, de manera transversal, el Informe estudia la situación de los defensores(as) de derechos humanos, así como las garantías judiciales en un contexto de Estados de Excepción.

En el mes de mayo de 2010, ya en el contexto del gobierno electo de Porfirio Lobo, la CIDH efectuó una nueva visita *in loco*, de seguimiento a la que realizara en 2009. Dicha visita se concentró en Tegucigalpa y abordó los aspectos más relevantes de la situación de derechos humanos. Además de efectuar, como es habitual, una conferencia de prensa y de emitir un comunicado al concluir sus visitas, la Comisión elaboró en las semanas siguientes un Informe de Seguimiento que presentó a la Asamblea General de la OEA, celebrada en Lima, Perú, en el mes de junio. Con posterioridad a ello, la Comisión ha continuado dando seguimiento a la situación de los derechos humanos en Honduras.³⁷⁹

Las labores de monitoreo de la CIDH respecto de la situación en Honduras han tenido un respaldo decidido de los órganos políticos de la OEA (Consejo Permanente y

³⁷⁹ Observaciones Preliminares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre su Visita a Honduras realizada del 15 al 18 de mayo de 2010.

Asamblea General), dada la convergencia de objetivos que ha existido entre una y otros. Como hemos visto en este trabajo a propósito de experiencias de monitoreo intenso respecto de algunos países por parte de la Comisión Interamericana, este no siempre ha sido el caso, ya que históricamente ha habido momentos de convergencia y momentos de divergencia de objetivos. Incluso, ha ocurrido en el pasado que inicialmente hubo una confluencia de intereses que posteriormente desapareció. Tal fue el caso del tratamiento de la situación en el Perú en la década de los noventa del siglo pasado, en el que, como ya viéramos en este trabajo, en un principio la labor de la Comisión fue funcional a los órganos políticos, pero luego creó tensiones, toda vez que estos órganos habían dado por cerrado el seguimiento (que reabrirían mucho más adelante).

De cualquier modo, aunque el contexto predominante en los Estados de la OEA sea uno diferente al de décadas anteriores, las labores de monitoreo por parte de la CIDH continúan siendo muy importantes, tanto para confrontar situaciones que emergen de manera imprevista como para dar seguimiento a problemas de más largo alcance. La relación de las principales iniciativas de monitoreo e informes de la Comisión durante la primera década del siglo XXI efectuada en este apartado así lo demuestra. Sin duda, las labores de monitoreo, tanto a través de las visitas a los países como en los tipos de informes se han diversificado, pero conservan plena vigencia, al abordar situaciones para las que el sistema de casos por sí solo resultaría insuficiente. Por lo demás, como se ha apuntado, las labores de monitoreo de la CIDH se retroalimentan con sus demás funciones, incluido el sistema de casos, que se ve potenciado por medio de las visitas e informes.

3. EL DESARROLLO DEL TRABAJO TEMÁTICO DE LA COMISIÓN

a) Introducción

Desde mediados de los años noventa, la Comisión ha venido desarrollando una serie de iniciativas de carácter temático, que se refieren usualmente a un derecho o derechos en particular o a la situación de determinados colectivos. Esto resulta complementario a los Informes sobre Países, que, según hemos expuesto, dicen relación con la situación

general de los derechos humanos en un Estado (salvo, excepcionalmente, cuando se ha elaborado un Informe sobre alguna situación específica de un país, como, por ejemplo, sus condiciones carcelarias).

En esta línea, a partir de los procesos de democratización y de sus propias transformaciones, la Comisión Interamericana ha venido estructurando un conjunto de relatorías temáticas, en las cuales ha enmarcado la mayor parte de sus actividades de esta naturaleza. La más reciente de ellas se refiere a los derechos de los defensores de derechos humanos, considerando el papel crucial que estos desempeñan para la protección de tales derechos con su consiguiente efecto multiplicador. Esta Relatoría había sido precedida por una Unidad especializada en la materia, que no tenía el rango de Relatoría. Las restantes Relatorías Temáticas corresponden a las de libertad de expresión, mujeres, personas privadas de libertad, trabajadores migratorios y sus familias, niñez, pueblos indígenas y afrodescendientes.³⁸⁰

A los aspectos anteriores cabe añadir que se ha instaurado como una práctica con creciente importancia en la Comisión en los últimos años la celebración de audiencias temáticas, con participación de la sociedad civil y de los Estados.

b) Las Relatorías Temáticas

La creación de relatorías temáticas de manera sucesiva por parte de la Comisión Interamericana no ha obedecido a un plan previamente fijado en tal sentido, sino que se ha venido produciendo en función de las circunstancias y prioridades del momento. Estas relatorías son financiadas con cargo a aportes externos al Presupuesto regular de la OEA.³⁸¹ El basar el funcionamiento de las relatorías temáticas en dichos aportes ha sido parte de una opción estratégica de la Comisión, en el sentido de otorgar prioridad al sistema de casos y a los informes sobre países y destinar su Presupuesto regular para tales propósitos.³⁸² Salvo en el caso de la Relatoría sobre Libertad de Expresión, son los

³⁸⁰ La Comisión estableció además en la década de los noventa una Relatoría sobre desplazados, la que si bien no ha sido formalmente discontinuada, en la práctica se encuentra sin funcionamiento desde hace varios años.

³⁸¹ En este sentido, la situación difiere de la de Naciones Unidas, donde existen numerosas relatorías temáticas, que ocupan un lugar central en el trabajo en materia de derechos humanos.

³⁸² Cabe subrayar que el Presupuesto regular que la OEA le asigna a la CIDH tampoco resulta suficiente para cubrir el desarrollo de estos roles.

propios miembros de la Comisión quienes se desempeñan como relatores. No siendo los miembros de la Comisión funcionarios a tiempo completo, deben realizar estas tareas por añadidura a muchas otras, sin perjuicio de contar con un personal reducido para tales efectos al interior de la Secretaría Ejecutiva, que en ocasiones se reduce a una sola persona.

Aun con su personal de pequeñas dimensiones, estas relatorías desempeñan un rol relevante, ya que, combinadas con las otras funciones de la Comisión, potencian el trabajo de esta y le dan una perspectiva más sistemática en las áreas a las que las relatorías se refieren. Por medio de visitas al terreno, informes, conferencias y comunicados de prensa, así como a través de labores de difusión, las relatorías temáticas efectúan contribuciones de importancia y así ha sido reconocido por la sociedad civil, los Estados y la OEA que han estimulado a la CIDH para su creación. Las relatorías temáticas cumplen también una labor significativa en el relevamiento de determinados casos cuya resolución pueda redundar en avances importantes en el sistema interamericano.

Como hemos señalado, la Relatoría sobre Libertad de Expresión es la única que posee el carácter de especial, dado por el hecho de poseer su propio personal, incluyendo a la persona que sirve como relator o relatora. Creada en 1998, su establecimiento obedeció a razones circunstanciales, sin perjuicio de que el tema ha ocupado un lugar central en la agenda de trabajo de la Comisión Interamericana desde sus inicios.³⁸³ El contexto de su creación consistió en que existían antecedentes de que los órganos políticos de la OEA se aprestaban a establecer un mecanismo sobre libertad de expresión. Dado que sus decisiones e informes en la materia habían generado tensiones con algunos Estados en los noventa, la CIDH se encontraba preocupada de que el establecimiento de un mecanismo basado en los órganos políticos pudiera significar un debilitamiento del trabajo en la materia. De allí que decidiera crear su propio instrumento: la Relatoría Especial Para la Libertad de Expresión.

³⁸³ Como apuntáramos en el capítulo I, en sus primeros años de funcionamiento la CIDH incluso elaboró un Proyecto de Convención en la materia, el que si bien no llegó a adoptarse como tal, fue recogido en algunas de sus disposiciones sustantivas por el Pacto de San José de Costa Rica.

A lo largo de sus más de 10 años de funcionamiento, dicha relatoría ha desempeñado un papel muy importante para fortalecer el trabajo de la Comisión en el tema, tanto en la protección como en la promoción de tal derecho. Por medio de informes, acompañamiento al sistema de casos, visitas a los países, labores de promoción, comunicados de prensa y otras iniciativas la relatoría se ha posicionado fuertemente en el hemisferio americano.

La Relatoría prepara y publica anualmente un Informe sobre la situación de la libertad de expresión en el Continente. Este Informe es publicado como un volumen adicional al Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.³⁸⁴

El acompañamiento al sistema de casos en la materia por parte de la relatoría ha sido decisivo para ampliar y diversificar la agenda del sistema interamericano en materia de libertad de expresión. En este sentido, cabe señalar que, con una participación relevante de la relatoría, se han tramitado y enviado casos finalmente resueltos por la Corte Interamericana sobre cuestiones tales como censura previa (caso “La Última Tentación de Cristo” contra Chile), libertad de expresión y procesos electorales (caso Canese contra Paraguay), crítica de funcionarios públicos (Caso Herrera Ulloa contra Costa Rica), desacato y libertad de expresión (Caso Palamara Iribarne contra Chile), acceso a la información pública (Caso Claude Reyes contra Chile), libertad de expresión y derecho penal (Caso Kimel contra Argentina), etc.³⁸⁵

La Relatoría Especial Para la Libertad de Expresión efectúa numerosas visitas a los Estados de la OEA. Estas visitas usualmente incluyen labores de protección y de promoción, tales como conferencias, talleres y seminarios. Las visitas le permiten a la relatoría tomar un contacto directo con actores locales –estatales y no estatales-, con frecuencia en contextos de reformas legislativas o de otro carácter. También es significativo el papel de la relatoría en su interacción con los jueces, en la línea de familiarizarlos con los estándares y la jurisprudencia del sistema interamericano.

³⁸⁴ Un compendio de una parte de los mismos, en: IIDH, *Libertad de expresión en las Américas: los cinco primeros informes de la Relatoría para la Libertad de Expresión*, San José de Costa Rica, 2003.

³⁸⁵ Estos casos se analizan más adelante en este trabajo, en el capítulo sobre libertad de expresión.

La Relatoría además usualmente toma parte de la delegación de la Comisión durante las visitas *in loco* que el conjunto de esta realiza, de manera de proporcionar una experticia en la materia y abordar los tópicos propios de dicho mecanismo, convirtiéndose en un refuerzo para las iniciativas de la Comisión en lo que se refiere a la protección de la libertad de expresión durante sus visitas *in loco*.

La Relatoría efectúa asimismo una labor preventiva. En efecto, en particular cuando se trata de proyectos de ley a nivel interno de los estados que de alguna manera puedan comprometer el ejercicio de la libertad de expresión, la relatoría proporciona su conocimiento experto para estudiar la eventual compatibilidad de dichas iniciativas con los estándares interamericanos. Estas labores puede llevarlas a través de cartas enviadas a los Estados conforme a las facultades que el artículo 41 de la Convención Americana confiere a la Comisión o por otros medios y, en general, a través de un contacto con los Estados y con la sociedad civil.

La Relatoría para la Libertad de Expresión emite también pronunciamientos públicos, especialmente a través de comunicados de prensa, para abordar de manera expedita situaciones que afecten de manera significativa dicho derecho. Por otras vías la relatoría puede además involucrarse de un modo ágil con los actores involucrados, de forma tal de salvaguardar a tiempo la protección de la libertad de expresión.

En materia de estándares, una contribución de especial importancia por parte de la Relatoría lo constituyó la elaboración de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, adoptada por la Comisión el año 2000.³⁸⁶ Ellos se refieren a aspectos tales como el acceso a la información pública, las diversas formas de censura, el carácter universal del disfrute y ejercicio de este derecho (no limitado a los periodistas), las normas de desacato, el pluralismo de los medios de comunicación, etc.

Cabe agregar que en 2009 la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión publicó una agenda hemisférica en la materia, que viene a relevar y proyectar de manera sistemática las que considera las líneas prioritarias de trabajo sobre el tema. Se recogen

³⁸⁶ Adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 108º período ordinario de sesiones celebrado del 2 al 20 de octubre de 2000.

en dicho documento algunos de los aspectos mencionados en el párrafo anterior con enfoques puestos al día en el contexto actual y se plantean otros nuevos.³⁸⁷

Las demás relatorías son encabezadas por un Comisionado o Comisionada, que asume esta labor entre otras diversas que realiza para la CIDH. En los últimos años, algunas de estas relatorías han contratado algún personal propio, aunque con frecuencia se trata de una sola persona. Con mayor o menor intensidad, dependiendo en buena medida de los recursos disponibles, estas relatorías efectúan estudios, realizan visitas a algunos países, efectúan un acompañamiento de la tramitación de denuncias y de medidas cautelares, y participan en la elaboración de algunos instrumentos internacionales. Los estudios emanados de estas relatorías a veces se publican como volúmenes especiales y en otras ocasiones forman parte del Informe Anual de la Comisión.

La Relatoría sobre los Derechos de la Mujer viene desarrollando desde mediados de los años noventa labores de protección y promoción de tales derechos. Creada al tiempo de la adopción de la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belém do Pará”), ha efectuado contribuciones de importancia para visibilizar y posicionar este tema, históricamente marginalizado en los países de la región, que le asignaban el carácter de un asunto privado entre particulares, respecto del cual la actividad estatal era considerada una forma de intromisión indebida. Asimismo, la Relatoría ha puesto énfasis sobre las distintas formas de discriminación de género (laboral, conyugal, de orientación sexual, etc.) que afectan a las mujeres. Si bien en la OEA, a diferencia de la ONU³⁸⁸, no existe un tratado dedicado específicamente a la discriminación de género, la relatoría ha estudiado los alcances del derecho a la igualdad consagrado en la Convención Americana y en otros instrumentos interamericanos, así como ha utilizado el mencionado tratado de la ONU para interpretar el sentido de las disposiciones sobre igualdad reconocidas en el sistema interamericano.

³⁸⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión*, 25 de febrero 2009.

³⁸⁸ Donde se adoptó hace ya varias décadas, en 1981, la Convención Internacional Para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1979.

La relatoría ha publicado varios informes de mucha relevancia, entre los que se hallan un estudio general sobre la Condición de la Mujer en las Américas³⁸⁹, otro titulado Acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas³⁹⁰, y uno más reciente sobre salud materna.³⁹¹ También preparó uno específico en relación con el femicidio que desde hace años tiene lugar en Ciudad Juárez³⁹² y otro sobre la situación de los derechos de la mujer en Chile.³⁹³

Entre los casos paradigmáticos relevados por esta relatoría se encuentran los de María Eugenia Morales de Sierra contra Guatemala ³⁹⁴ (discriminación en las obligaciones de los cónyuges en el matrimonio y regulaciones patrimoniales del mismo), Maria da Penha contra Brasil³⁹⁵ (violencia doméstica, con aplicación de la Convención de Belém do Pará), Campo Algodonero contra México³⁹⁶ –que siguiera hasta la Corte Interamericana y se refería a la ejecución de tres mujeres en Ciudad Juárez- y Karen Atala contra Chile³⁹⁷ (jueza que fue despojada de la custodia de sus hijos sobre la base de su orientación sexual de lesbiana).

Por su parte, la Relatoría sobre Derechos de las Personas Privadas de Libertad ha emprendido múltiples actividades en su área de trabajo. Ellas han incluido la realización de numerosas visitas a establecimientos carcelarios en diversos países, algunas de las cuales han dado origen o han constituido una forma de seguimiento de medidas cautelares adoptadas por la Comisión Interamericana para quienes allí se encontraban reclusos.

³⁸⁹ CIDH, Condición de la Mujer en las Américas, 13 de octubre 1998.

³⁹⁰ CIDH, *Acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, 20 de enero 2007.

³⁹¹ CIDH, *Acceso a los Servicios de Salud Materna desde una perspectiva de derechos humanos*, 7 de junio 2010.

³⁹² CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez: el derecho a no ser objeto de violencia y discriminación*, 7 de marzo de 2003.

³⁹³ CIDH, *Informe sobre los derechos de las mujeres en Chile: la igualdad en la familia, el y trabajo y la política*, 27 de marzo 2009.

³⁹⁴ CIDH, Informe N°4/01, Caso 11.625, María Eugenia Morales de Sierra (Guatemala), 19 de enero de 2001.

³⁹⁵ CIDH, Informe N°54/01, Caso 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes (Brasil), 16 de abril de 2001.

³⁹⁶ Corte IDH, Caso González y Otras vs. México (“Campo Algodonero”), Sentencia de 16 de noviembre de 2009.

³⁹⁷ CIDH, Caso12.502, Karen Atala e hijas vs. Chile, Demanda presentada ante la Corte Interamericana el 17 de septiembre de 2010. Este caso se encontraba a fines de 2011 pendiente de decisión en el mencionado tribunal.

La relatoría ha publicado además una serie de informes y son muy numerosos los casos impulsados por la relatoría, muchos de ellos con un carácter emblemático y que han llegado hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos.³⁹⁸

Respecto de la elaboración de estándares, la Relatoría sobre Personas Privadas de Libertad concluyó a principios de 2008 un conjunto de Buenas Prácticas en Materia de Personas Privadas de Libertad, el que fue aprobado por el pleno de la Comisión.

A diferencia de las demás relatorías de la Comisión, la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y sus Familias fue creada por dicho organismo a instancias de la Asamblea General de la OEA.³⁹⁹ Ello ocurrió en 1997. En materia de informes, esta relatoría ha publicado varios que han sido incorporados a los informes anuales de la Comisión. Más recientemente, adoptó un Informe sobre algunos aspectos de la situación de los migrantes en EE.UU.⁴⁰⁰ Para la elaboración de este informe, la relatoría efectuó visitas a centros de detención de migrantes en Arizona y Texas, incluyendo algunos que albergaban niños y niñas, en el curso de las cuales se sostuvieron entrevistas y se observaron *in situ* las condiciones de detención y los otros aspectos referidos en el informe.⁴⁰¹ Se realizaron además entrevistas con numerosos ex detenidos(as), con abogados y organizaciones de la sociedad civil y con diversos actores estatales a nivel federal y estadual.

La Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y sus Familias efectúa también un relevamiento y acompañamiento de los casos en la materia. Probablemente el más emblemático de ellos sea el de la niñas Yean y Bosico contra República Dominicana, que fuera decidido por la Corte Interamericana y que se refería a personas dominicanas

³⁹⁸ Véase al respecto, <http://www.cidh.oas.org/PRIVADAS/doctrina.htm>

³⁹⁹ La Asamblea General lo solicitó por medio de sus resoluciones AG/RES. 1404 XXVI-O/96 y AG/RES. 1480 XXVII-O/97.

⁴⁰⁰ CIDH, Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso, 30 de diciembre de 2010.

⁴⁰¹ Cabe señalar que las visitas, originalmente previstas para el mes de julio de 2008, no pudieron ser realizadas sino hasta el año siguiente, debido a las condiciones inicialmente impuestas por el Gobierno de EE.UU. en el sentido de que la Comisión debía proporcionar por adelantado un listado de las personas detenidas a las cuales entrevistaría, lo cual la Comisión consideró inaceptable, al impedirle llevar a cabo de manera libre tales entrevistas en contravención a su Reglamento. En efecto, el art. 57 a) de dichas regulaciones estatuye que en sus visitas la Comisión “podrá entrevistas libre y privadamente, a personas, grupos, entidades o instituciones.”

de origen haitiano y haitianos en República Dominicana.⁴⁰² Otros temas tratados bajo el sistema de casos en materia de migrantes en los últimos años son las expulsiones de migrantes en condiciones que afectan el derecho de protección de la familia, los derechos de la niñez y otros derechos (Wayne Smith, Hugo Armendáriz y Otros contra EE.UU.⁴⁰³); la condena de un migrante por delitos relacionados con su situación migratoria, sin las debidas garantías y sin la posibilidad ser oído y de ejercer su derecho de defensa, así como la falta de investigación de sus denuncias de tortura (Caso Vélez Loo⁴⁰⁴) y el derecho de una migrante a no ser devuelta a su país de origen cuando ello implicará falta de tratamiento médico para una enfermedad mortal⁴⁰⁵, entre otros.

Asimismo, la Relatoría participó de manera activa en la Opinión Consultiva emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación jurídica de los migrantes indocumentados.⁴⁰⁶

También en los años noventa, la Comisión Interamericana estableció una Relatoría sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Esta relatoría ha publicado una serie de informes temáticos, de carácter general⁴⁰⁷ o referidos a algún Estado en concreto.⁴⁰⁸ Además ha publicado una serie de capítulos especiales sobre la materia en el contexto de informes de país.⁴⁰⁹

Esta relatoría ha hecho también un relevamiento de una serie de casos paradigmáticos sobre derechos de los pueblos indígenas en el sistema interamericano,

⁴⁰² Corte IDH, Caso de las Niñas Yean y Bosico v/s República Dominicana, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de septiembre de 2005.

⁴⁰³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N°81/10, Caso 12.562, Wayne Smith, Hugo Armendáriz y Otros (Estados Unidos), 12 de julio de 2010.

⁴⁰⁴ Corte IDH, Caso Vélez Loo vs. Panamá, sentencia de 23 de noviembre de 2010.

⁴⁰⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 12.534, Admisibilidad y Fondo, Andrea Mortlock (EE.UU.), 25 de julio 2008.

⁴⁰⁶ Corte IDH, Opinión Consultiva N°18, OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.

⁴⁰⁷ Entre ellos se encuentra, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*, 19 de octubre de 2000; y, más recientemente, el informe titulado *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales (normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos)*, 30 de diciembre de 2009.

⁴⁰⁸ CIDH, *Comunidades Cautivas: situación del pueblo indígena guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia*, 24 de diciembre 2009.

⁴⁰⁹ Véase, <http://www.cidh.oas.org/Indigenas/Informes.htm>

resaltando el caso de Awas Tingni contra Nicaragua,⁴¹⁰ así como otros sobre ese mismo país, Paraguay, Surinam y otros.

La Relatoría sobre Pueblos Indígenas también ha acompañado el proceso de preparación de una Declaración Interamericana en la materia, cuyo largo proceso de gestación –todavía inconcluso– se analiza más adelante en este trabajo.

Otro colectivo en situación de vulnerabilidad respecto del cual la CIDH ha creado una relatoría es la niñez. Esta relatoría ha efectuado numerosas visitas a países, ha impulsado casos en el sistema interamericano, de entre los cuales uno que resalta por su carácter paradigmático es el del centro de reclusión de niños y niñas “Panchito López” (Paraguay).⁴¹¹ Cabe añadir que en la actualidad uno de los temas que la Comisión impulsa en relación con las miles de desapariciones forzadas ocurridas en décadas precedentes en la región, es el de los niños y niñas desaparecidos.

En materia de publicaciones, la relatoría editó un libro sobre derechos de la niñez en el sistema interamericano⁴¹² y elaboró un informe sobre castigo corporal a los niños y niñas.⁴¹³

Posteriormente, la Comisión Interamericana creó una Relatoría Temática sobre Afrodescendientes. La creación de esta relatoría estuvo precedida por un creciente posicionamiento de las organizaciones de afrodescendientes en el Sistema Interamericano, en el cual prácticamente no tenían presencia hasta principios del siglo XXI. En especial, resaltó la celebración de una serie de audiencias temáticas sobre la situación regional de este colectivo, así como la presentación de informes de parte de la sociedad civil. Estas iniciativas se desarrollaron en el contexto post Conferencia de Durban contra el Racismo e incluyó también una fuerte actividad de cabildeo para echar a andar un proyecto de convención en la materia.

⁴¹⁰ Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tngni v/s Nicaragua, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2001.

⁴¹¹ Corte IDH, Caso “Instituto de Reeducción del Menor” v/s Paraguay, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de septiembre de 2004.

⁴¹² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *La Infancia y sus Derechos en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. Se han realizado dos ediciones de este texto, la primera en 2002 y la segunda en 2009.

⁴¹³ CIDH, *Informe sobre el castigo corporal y los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes*, 5 de agosto 2009.

Esta relatoría participa en el proceso de elaboración de una Convención Interamericana contra el Racismo y toda forma de Discriminación e Intolerancia, a la que nos referimos más adelante en este trabajo. Además de prestar especial atención a la cuestión de la discriminación racial en varios Estados, elaboró un informe especial sobre la situación al respecto en Colombia.⁴¹⁴

La Relatoría de creación más reciente se refiere a Defensores y Defensoras de Derechos Humanos. Ella fue precedida por la Unidad sobre Defensores de Derechos Humanos. Esta Unidad fue establecida a fines de la década de los noventa del siglo pasado a instancias de las organizaciones no-gubernamentales, con el propósito de fortalecer los mecanismos de protección de tales defensores y llamar la atención de los estados respecto de las violaciones a los derechos humanos de que son objeto. La Unidad publicó en 2006, como un volumen especial sobre la situación de tales defensores en el Continente.⁴¹⁵

Los temas que aborda la Comisión no se limitan a los anteriores, ya que, dependiendo de las circunstancias, ella también puede efectuar estudios en otras áreas. Por ejemplo, luego de los atentados contra las Torres Gemelas, la CIDH preparó un extenso estudio temático sobre el terrorismo y los derechos humanos, mostrando como la lucha contra el primero debe ceñirse a los estándares internacionales de derechos humanos.⁴¹⁶ Posteriormente publicó un Informe sobre acceso a la justicia y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales,⁴¹⁷ así como un conjunto de Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales,⁴¹⁸ los cuales se analizan más adelante en el capítulo sobre tales derechos. Igualmente, otro informe no originado en una Relatoría Temática

⁴¹⁴ *Observaciones Preliminares de la CIDH tras la visita del Relator sobre los Afrodescendientes y contra la Discriminación Racial a la República de Colombia*, 27 de marzo 2009.

⁴¹⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas*, 7 de marzo de 2006.

⁴¹⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, 22 de octubre de 2002.

⁴¹⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales: estudio sobre los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 7 de septiembre de 2007.

⁴¹⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, 19 de julio 2008.

fue el publicado en 2009 sobre la seguridad ciudadana analizada desde una perspectiva de derechos humanos.⁴¹⁹

El grueso del trabajo de las relatorías ha estado centrado en la elaboración de estudios, pero su existencia ha contribuido también a fortalecer el tratamiento de ciertos temas por parte de la Comisión. Las relatorías también han servido en ocasiones para desarrollar líneas de trabajo a propósito de casos específicos referidos a las materias de que ellas tratan. De cualquier modo, debido a que ellas carecen de un financiamiento y personal especialmente dedicado, su impacto ha sido limitado.

Aunque, como ya observáramos, el hecho de que las Relatorías Temáticas no desempeñen un papel central en el trabajo de la Comisión obedece a una decisión sobre prioridades que esta ha hecho, consistente en preferir el trabajo con casos y los informes sobre países como herramientas principales. De cualquier modo, no puede pasarse por alto que el desarrollo de la jurisprudencia de la propia Comisión y de la Corte incide también de manera muy importante en una variedad de aspectos temáticos.

c) Las audiencias temáticas

Las audiencias temáticas constituyen un mecanismo que ha venido desarrollándose crecientemente en la práctica de la Comisión en los últimos años. Estas pueden ser convocadas por la propia Comisión o – lo que es más usual- solicitadas por organizaciones de la sociedad civil o por los Estados. Inicialmente eran las organizaciones de la sociedad civil las que pedían la gran mayoría de las audiencias temáticas. Más recientemente, aunque tales solicitudes continúan predominando, los Estados también han comenzado a pedir las.

Estas audiencias pueden o no referirse a materias objeto de las relatorías temáticas que operan en la Comisión. Como hemos apuntado, la existencia de un número limitado de relatorías temáticas –concernientes fundamentalmente a colectivos en situación de vulnerabilidad- no obsta al desarrollo de otros temas por parte de la CIDH.

⁴¹⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos*, 31 de diciembre de 2009.

Generalmente las audiencias temáticas cubren la situación respecto de uno o más derechos humanos en una perspectiva transversal, que abarca varios Estados o toda la región. Sin embargo, también se efectúan audiencias temáticas sobre un determinado asunto en un Estado específico. Como se aprecia, en esta última hipótesis se produce una especie de híbrido entre audiencia temática y audiencia sobre país. Tanto es así que en ocasiones las audiencias temáticas referidas a un solo Estado pueden ser de utilidad a la Comisión para la elaboración de una parte de un Informe sobre País.

Las audiencias temáticas han probado ser además un mecanismo adecuado para favorecer la interacción de la Comisión Interamericana con diversos actores al nivel interno, gubernamental y no-gubernamental. Dado que el formato de las audiencias sobre casos es más acotado – en la medida que quienes intervienen en ellas deben ceñirse a la materia de la denuncia y que la mayor parte de los declarantes son testigos-, en ellas es menor el rasgo posible de quienes prestan declaración. Sin perjuicio de que en las audiencias sobre casos participa un número no despreciable de peritos, su declaración es asimismo más acotada que en las audiencias temáticas. Estas últimas permiten una mayor flexibilidad y es así como han participado en los últimos años han participado en ellas jueces de Corte Supremas y de Tribunales Constitucionales, parlamentarios, Ministros de Estado, Defensores del Pueblo, Defensores Públicos, Fiscales Generales, académicos, y una variedad de representantes de organismos de la sociedad civil con diversas experticias.

En el conjunto de reformas reglamentarias adoptadas a fines de 2009, la Comisión Interamericana regula estas audiencias. Dado que como anotábamos recién ya no son sólo las organizaciones de la sociedad civil sino también los Estados quienes solicitan audiencias temáticas en la actualidad, y que la CIDH favorece el carácter diverso (ya que no propiamente bilateral, al no tratarse de partes en un caso) de las mismas, se hizo necesario su regulación más precisa. En este sentido, la situación resulta más simple cuando son una o más ONGs las que piden la audiencia temática, ya que en tal situación es obvio que será el o los Estados los que podrán aportar sus puntos de vista. El asunto es más problemático cuando es un Estado el que la solicita, ya que la cuestión será qué ONGs podrían participar. A este respecto, el Reglamento modificado establece ahora que “[s]i lo considera apropiado, la Comisión podrá convocar a otros

interesados a participar de las audiencias sobre la situación de derechos humanos en uno o más Estados o sobre asuntos de interés general.”⁴²⁰

Judith Schönsteiner analiza críticamente esta disposición, anotando que “no clarificó si rige el principio de igualdad de armas con respecto a estas audiencias. Mientras los Estados deben generalmente ser invitados a una audiencia general solicitada por la sociedad civil –añade la autora-, el Reglamento no prevé disposición alguna sobre el caso que la audiencia general fuese solicitada por un Estado, como ocurrió en la práctica.”⁴²¹ Sin embargo, como observábamos arriba, la Comisión sí intentó hacer esto por medio del numeral 4 del art. 66 de su Reglamento, aunque el problema no era fácil de zanjar debido a la cuestión de a qué organismos no gubernamentales se invita. En otras palabras, el punto es entre quiénes se aplica la igualdad de armas. La autora plantea además la posibilidad de que la CIDH establezca criterios para determinar cuáles de ellas tendrían un legítimo interés en participar de una audiencia de este tipo.

4. LAS SOLICITUDES DE INFORMACIÓN A LOS ESTADOS BAJO EL ARTÍCULO 41 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA

Uno de los mecanismos menos conocidos pero del cual la Comisión Interamericana de Derechos Humanos hace frecuente uso es el pedido de información a los Estados sobre situaciones que pudieran afectar tales derechos. Ello lo hace la CIDH de conformidad con los poderes que le confiere el art. 41 del Pacto de San José de Costa Rica. En realidad, desde sus inicios, la CIDH ha solicitado dichas informaciones a los Estados. De hecho, como viéramos en el capítulo I, fue este el mecanismo que utilizó desde un principio la Comisión para relacionarse con los Estados, en ausencia de un sistema de casos, como era la situación en esa época. Ello ha venido a consolidarse con la entrada en vigor de la Convención y especialmente con el advenimiento de los procesos de democratización en los Estados de la OEA, lo que ha acarreado por regla general una actitud más cooperativa de parte de estos hacia la CIDH. Estas solicitudes

⁴²⁰ Art. 66.4 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

⁴²¹ Judith Schönsteiner, Hacia mayor seguridad jurídica en la protección regional de los derechos humanos: las reformas procesales en el sistema interamericano; en: *Anuario de Derecho Público* 2010, Universidad Diego Portales, 2010, pp.291-318; la referencia es de pág.299.

de información no deben ser confundidas con las que realiza la Comisión en el contexto de la tramitación de medidas cautelares, a las que nos refiriéramos en el capítulo V.

La solicitud de información puede referirse tanto a situaciones de hecho potencialmente vulneratorias de los derechos humanos como a procesos de reforma legislativa o normas en vigor que pudieran traer consigo dicha vulneración. La CIDH puede efectuar estos pedidos de informaciones ya sea a solicitud de una persona u organización de la sociedad civil o bien de propia iniciativa. La propia Comisión fija el plazo para que el Estado responda, el cual variará de acuerdo a la urgencia o no de la situación a que se refiere el pedido. Usualmente este intercambio de comunicaciones entre la Comisión y el Estado respectivo se efectúa de manera privada; de hecho, a menudo una comunicación oficial de la CIDH es suficiente para que el Estado aclare la situación o a que adopte medidas para prevenir la comisión de una violación. En otras oportunidades, se produce una sucesión de intercambios. Esto puede conducir eventualmente a la realización de una audiencia o una reunión de trabajo en la sede de la Comisión, a la apertura de un caso o a dar trámite a una medida cautelar o a que esta adopte otros pasos, que puede incluir el salir públicamente al respecto, mediante un comunicado de prensa o por otra vía.

Además del sistema de casos y de las medidas cautelares, las solicitudes de información a los Estados bajo el artículo 41 de la Convención Americana constituyen la forma más habitual de contacto entre estos y la Comisión Interamericana.

5. LOS PEDIDOS URGENTES DE INFORMACIÓN CONFORME AL ARTÍCULO XIV DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

El tratado interamericano sobre desapariciones forzadas contempla un mecanismo especial para que la Comisión intervenga de manera pronta cuando se alegue una violación de esa naturaleza. Así, en su artículo XIV dispone que “cuando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reciba una petición o comunicación sobre una supuesta desaparición forzada se dirigirá, por medio de su Secretaría Ejecutiva, en forma urgente y confidencial, al correspondiente gobierno solicitándole

que proporcione a la brevedad posible la información sobre el paradero de la persona presuntamente desaparecida y demás información que estime pertinente, sin que esta solicitud prejuzgue la admisibilidad de la petición.”

En rigor, históricamente la CIDH ha asumido una actitud proactiva respecto de alegaciones de desaparición forzada de personas y lo hace también respecto de aquellos Estados que no han ratificado la mencionada Convención. Respecto de aquellos Estados que sí son partes de este tratado, la disposición del art.XIV es complementaria a las solicitudes de información basadas en el art.41 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a las cuales nos referimos en el apartado anterior.

6. EMISIÓN DE COMUNICADOS DE PRENSA

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos realiza importantes tareas de difusión, que se manifiestan, entre otros medios, a través de frecuentes comunicados de prensa. Si bien desde sus inicios la CIDH ha buscado posicionarse públicamente, en un principio los comunicados decían relación especialmente con las visitas a países de la Comisión. En los últimos años, sin perjuicio de seguir emitiendo comunicados en la mayoría de las visitas, esta labor se ha sistematizado mediante el establecimiento de una Oficina de Prensa y la cantidad de comunicados que se emiten ha crecido sustancialmente. Así, en los tres últimos años cubiertos en esta tesis, ellos se han incrementado desde 62 comunicados en el año 2008 a 86 en 2009 y 124 en 2010.⁴²²

Si bien una parte de los comunicados de prensa contienen información sobre el trabajo de la Comisión –como el dar a conocer que han sido publicados determinados Informes o que un caso ha sido enviado a la Corte Interamericana-, la gran mayoría de ellos se refieren a aspectos sustantivos sobre derechos humanos, ya sea para llamar la atención pública acerca de situaciones graves a nivel de uno o más Estados o para reconocer avances significativos que hayan tenido lugar en ellos.

⁴²² Datos tomados de <http://www.cidh.oas.org/comu.esp.htm> Página visitada por última vez el 23 de septiembre de 2011.

7. LABORES DE PROMOCIÓN

Las labores de promoción emprendidas por la CIDH, a través de cursos, seminarios, talleres, publicaciones, becas, pasantías y otros medios, se refieren básicamente a tres grandes ámbitos: la difusión de aspectos sustantivos referidos a los derechos humanos, la promoción del propio Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la educación acerca de la necesidad de incorporar y aplicar los derechos humanos en el orden jurídico interno. En muchas de estas iniciativas la Comisión opera en coordinación con el Instituto Interamericano de Derechos Humanos. También es significativa para estos efectos la relación con distintos centros académicos.

El primero de los aspectos mencionados se refiere a las tareas llevadas a cabo por la Comisión respecto de la necesidad de que la población de los países del Continente tome conciencia acerca de sus propios derechos. Por esta vía se pretende que los derechos humanos no queden sólo en una consagración jurídico-normativa, sino que se hagan realidad en la cultura de las sociedades americanas. Esto está, por lo demás, estrechamente conectado con la eficacia de estos derechos, ya que si las víctimas de las violaciones no tienen cabal conciencia de ellos, se favorecerá la impunidad. También se vincula esto con el afianzamiento de sistemas democráticos genuinos; en efecto, la conciencia acerca de sus derechos es un factor dinamizador de la participación ciudadana, así como del control por la ciudadanía de la gestión pública. Esta línea la desarrolla la Comisión especialmente a través de sus Relatorías Temáticas (que, como hemos visto, además cumplen importantes labores de protección).

El segundo ámbito apunta a las labores de promoción que la Comisión ha emprendido en orden a hacer saber a los habitantes del hemisferio acerca de la existencia y funciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, incluyendo los pasos que ellos deben dar para interponer denuncias ante la Comisión. Dada su limitación de recursos financieros, la Comisión muy rara vez lleva a cabo investigaciones de *motu proprio*, y depende en grado relevante de la iniciativa de la sociedad civil para conocer de las violaciones a los derechos humanos. Gran parte de las actividades de promoción de la CIDH se han concentrado precisamente en este ámbito, por el interés directo que la Comisión tiene de que la sociedad civil se mantenga

bien informada a este respecto y que sepa a quién y cómo acudir en caso de una violación a sus derechos.

El tercer y último ámbito está referido a las labores de promoción destinadas a resaltar la necesidad de incorporar los derechos humanos en el orden jurídico interno. Tal como se ha analizado antes en este trabajo, los órganos internacionales cumplen un rol subsidiario, en el entendido de que, en condiciones normales, los órganos internos están en posición de resolver de manera más pronta y eficaz las situaciones de vulneración de derechos. Éste es un aspecto en el que también la Comisión ha puesto énfasis, siendo como es ella la primera interesada en que sólo en casos de real necesidad se utilice el Sistema Interamericano.

La pregunta que cabe hacerse, a la luz del debate en la OEA, es si en alguno de los ámbitos de promoción mencionados la Comisión cumple en la actualidad un papel verdaderamente crucial. La pregunta es pertinente, ya que si bien, a diferencia de lo planteado por un grupo de Estados en los años noventa cuando postulaban que la CIDH debería poner énfasis en las labores de promoción de los derechos humanos y limitar algunas de sus actividades de protección de ellos,⁴²³ hoy ya no se lo plantea así, en los hechos, mediante los llamados recurrentes a que la Comisión efectúe más promoción sin que se le proporcionen recursos financieros adicionales, se la pone en un dilema ya que indirectamente ello implicaría restringir sus tareas de protección.

A mi juicio, la respuesta a la pregunta planteada debe ser, en términos generales, negativa. En el contexto actual en el Continente americano, la Comisión no cumple un papel fundamental ni mucho menos insustituible en materia de promoción. Los tres ámbitos de promoción mencionados -la difusión de los derechos humanos en general, la promoción del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la educación sobre de la necesidad de incorporar los derechos humanos en el orden jurídico interno- son adecuadamente cubiertos por otras instituciones. La excepción podrían constituirlos los Estados del CARICOM, donde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos es poco conocido y la interacción de la sociedad civil con la Comisión es, por lo mismo,

⁴²³ Estas propuestas se analizaron en el capítulo II.

limitada, recibíéndose poca información y siendo infrecuentes las denuncias y solicitudes de medidas cautelares.

En la actualidad existen numerosos programas y cátedras de derechos humanos a nivel académico en el hemisferio, emprendiendo muchas universidades la organización de seminarios, talleres e investigaciones en la materia. Asimismo, las organizaciones no-gubernamentales llevan a cabo múltiples iniciativas de promoción de los derechos humanos; dado que las ONGs representan a víctimas de violaciones a tales derechos, se encuentran en una posición especialmente ventajosa para educar a la población acerca de cómo hacer efectivos sus derechos tanto al nivel interno como en el terreno internacional. Además, en los últimos años, los propios Estados han comenzado a desarrollar labores de promoción en la materia, las cuales suelen cubrir los tres ámbitos mencionados –sustantivo de derechos, internacional e interno. A ello cabe agregar que si bien no se trata en estricto rigor de una institución perteneciente a la OEA -ya que fue creada en el marco de un convenio entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Gobierno de Costa Rica-, existe una institución vinculada a ella como es el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, una institución de envergadura cuyo propósito central es precisamente la promoción de estos derechos. El Instituto ha abordado esta tarea de manera sistemática, alcanzando a todos los países del hemisferio y capacitando a representantes de la sociedad civil, a futuros académicos y a funcionarios estatales.

Miradas las cosas en perspectiva, es posible concluir que quizá en otro momento de la historia del Sistema Interamericano la labor de promoción de la Comisión haya sido más importante de lo que es ahora. De hecho, la propia Comisión desempeñó un papel significativo para que los habitantes del Continente supieran que ella existía y cómo y en qué circunstancias podían acudir a ella. En cambio, en la actualidad, cuando existen redes de organizaciones no-gubernamentales en materia de derechos humanos operando en contextos de mayor libertad que hace dos décadas, cuando existe una creciente incorporación del tema al nivel académico, y cuando los propios estados han emprendido iniciativas en este sentido, el rol de promoción de la CIDH parece ser de menor importancia.

Las observaciones anteriores no significan desconocer que las labores de promoción de la CIDH continúen siendo significativas en ciertas circunstancias. Lo que

sucede es que hay aquí un problema de prioridades. Como órgano de promoción, la Comisión no es, ni con mucho, el único en América. Como órgano de protección, en tanto, posee un conjunto de funciones que ningún otro organismo posee en el Continente. Si bien la labor de la Corte Interamericana es sumamente importante, sus funciones son diferentes y menos variados que las de la Comisión.

La Comisión, como cualquier institución, debe asignar sus recursos. En el caso de la Comisión, los recursos de los que dispone son muy escasos para la envergadura de las tareas que debe realizar. En tales circunstancias, si se presiona a la Comisión para que refuerce sus labores de promoción, necesariamente ello va a afectar su dedicación a las labores de protección. El rol de protección de los derechos humanos que desempeña la Comisión Interamericana a nivel continental continúa siendo fundamental. Dicho rol es, además, insustituible en el contexto actual: no existe ningún otro órgano o institución que se le asemeje.

Por último, la labor de promoción de los derechos humanos es llevada a cabo por numerosas instituciones en el hemisferio. Las tareas de la CIDH en este ámbito, por consiguiente, no son únicas, como sí sucede con su rol de protección. De allí que, sin desconocer la relevancia de que la Comisión realice labores de promoción, su eje central debe estar definido por su rol de órgano de protección de los derechos humanos en el Continente americano.

CAPÍTULO VII: LA PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN LA OEA

Las organizaciones de la sociedad civil han desempeñado un papel central en el desarrollo y fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Entre tales organizaciones resaltan, desde luego, las agrupaciones de víctimas y de sus familiares (ellas mismas víctimas también, en estricto rigor), tanto por la valentía y perseverancia con las que denunciaron las violaciones masivas y sistemáticas cuando ellas imperaban en muchos de los Estados de la OEA como por su papel central en las iniciativas para alcanzar la verdad y la justicia respecto de tales abusos una vez que se iniciaran los procesos de democratización. Con el correr de los años se fueron creando y desarrollando además una gran cantidad de ONGs en materia de derechos humanos, que a la agenda histórica sobre violaciones masivas y sistemáticas han agregado una diversidad de otros temas, muchos de ellos referidos a violaciones endémicas que afectan a colectivos vulnerables y que antes o bien pasaban desapercibidas para el conjunto de la población y para los Estados o bien no eran siquiera consideradas como formas de discriminación o de otros abusos. A ello cabe añadir que, especialmente en los últimos años y como parte de su propio fortalecimiento, han sido los propios colectivos en situación de vulnerabilidad los han venido constituyendo sus organizaciones y adquiriendo presencia en el ámbito del Sistema Interamericano.

Según se puede apreciar desde sus primeros documentos y resoluciones, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estableció rápidamente una relación de trabajo con las organizaciones de la sociedad civil (u ONGs) de los países miembros de la OEA, en especial de aquellos que sufrían violaciones masivas y sistemáticas a tales derechos.

Es interesante observar al respecto el contraste que se produjo entre el desarrollo de tal relación y la vinculación de la Comisión con los Estados miembros de la OEA. Mientras en relación con las ONGs dicha relación avanzó de manera expedita e

informal - puesto que la Comisión consideró innecesario a mediados de la década de los sesenta establecer un mecanismo formal y abrió las puertas a la participación sin fijar requisitos-, no ocurrió lo mismo con los Estados, ya que desde sus primeros años de funcionamiento la Comisión realizó reiterados esfuerzos por establecer Comités Nacionales de Derechos Humanos en los diversos países, como una manera de obtener un mayor apoyo de los Estados en sus tareas y de dotar de mayor eficacia al trabajo de la CIDH, sin que esto llegara a concretarse en ningún Estado debido a la falta de interés de estos.

Así, en lo referido a su relación con las organizaciones de la sociedad civil, ya en su primer período de sesiones la Comisión decidió “[s]olicitar o acoger la cooperación de organizaciones que existan en los diversos países americanos, qué tengan interés en la promoción o protección de los derechos humanos, para el mejor cumplimiento de sus funciones o atribuciones.”⁴²⁴ Y en 1964 la Comisión aprobó la siguiente resolución respecto a la solicitud de organismos no gubernamentales para acreditar observadores a las sesiones de la Comisión:

“CONSIDERANDO: Que en su Resolución de 24 de octubre de 1960 solicitó la cooperación de organizaciones no gubernamentales que se interesen en la promoción de los derechos humanos; que numerosas organizaciones han expresado su deseo de colaborar con los trabajos de la Comisión y de acreditar observadores a las reuniones de la misma, y que dada la naturaleza de sus trabajos, las sesiones de la Comisión son generalmente privadas;

RESUELVE:

1. No habrá condición especial de observador durante las sesiones de la Comisión.
2. Considerar las solicitudes de organizaciones interesadas en la promoción o protección de los derechos humanos que deseen exponer sus puntos de vista sobre cualquier asunto que se relacione con los trabajos de la Comisión.

⁴²⁴ OEA/Ser. L./V/II. 1 Doc. 32, 14 marzo 1961.

3. Invitar a organizaciones idóneas o a personas de reconocida versación en materia de derechos humanos para que colaboren con la Comisión en el ejercicio de su mandato de promoción de los derechos humanos en los Estados americanos.”⁴²⁵

En cuanto al segundo aspecto, que, como recién se ha señalado, se frustró, la CIDH, en su primer período de sesiones resolvió “[r]ecomendar la constitución de Comités Nacionales de Derechos Humanos compuestos de personas representativas de sus respectivos países, dotadas de alta autoridad moral y espíritu de independencia, y que hayan demostrado su constante adhesión a la causa de los derechos de la persona humana.” La idea era que dichos comités cooperaran con la Comisión “en la tarea de estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América valiéndose de todos los medios culturales y educativos de que dispongan, y podrán proponer a la Comisión sugerencias orientadas al perfeccionamiento de los derechos humanos y de su más eficaz garantía y protección en la legislación de los Estados americanos.”⁴²⁶

Las instituciones de la sociedad civil fueron las que atraieron la atención de la Comisión respecto del alcance y características de tales vulneraciones, formulando requerimientos en casos específicos incluso desde la época en que la Comisión carecía de competencia para resolver tales casos. Más tarde, cuando la Comisión adquirió dicha función, fueron las ONGs las que presentaron por lejos el mayor número de denuncias.

Asimismo, desde un comienzo del trabajo de la Comisión, las organizaciones de la sociedad civil desempeñaron un papel crucial en aportar información para la preparación de Informes sobre países, rol que, como hemos descrito en este trabajo, fue el principal llevado a cabo por la CIDH durante sus primeros 30 años de labores. En este sentido, se trataba tanto de proporcionar antecedentes a la Comisión para que prestara especial cuidado a la situación de determinados países como, una vez conseguida dicha atención, documentar adecuadamente las violaciones.

Algo análogo cabe señalar acerca de otra función, complementaria a la de preparación de Informes sobre países: la realización de visitas *in loco*. También respecto

⁴²⁵ OEA/Ser.L/V/II. Doc. 24, 10 de agosto 1964.

⁴²⁶ OEA/Ser. L./V/II. 1 Doc. 32, 14 marzo 1961.

de estas, las instituciones de la sociedad civil jugaron un papel relevante en persuadir a la Comisión acerca de la necesidad de emprender tales visitas a determinados Estados, así como de colaborar con la CIDH para que en el curso de ellas se formara una impresión acabada de la realidad del país del que se tratara. Igualmente, una vez concluida la visita, y especialmente en el contexto de regímenes políticos que vulneraban deliberadamente los derechos humanos, las organizaciones de la sociedad civil desempeñaban un papel central en dar seguimiento al cumplimiento de las recomendaciones formuladas por la Comisión al Estado.

De esta forma, cabe hablar de una especie de proceso de retroalimentación entre la CIDH y la ONGs, puesto que estas contribuyeron a dotar a esa de una mayor visibilidad y conocimiento en la opinión pública de los países, y la Comisión, a su turno, fue fundamental para impedir que los Estados que practicaban políticas de represión acabaran con la existencia de dichos organismos (aunque sin poder evitar, por cierto, que continuaran teniendo lugar graves violaciones, incluyendo el asesinato y desapariciones forzadas de sus miembros en una serie de Estados).

Hacia 1990, la relación de las ONGs con la Comisión se hallaba ya bien asentada desde hacía muchos años, con mecanismos de participación regulares. Esto tendría un efecto cuando se produjeran los procesos de transición a la democracia, ya que las ONGs serían uno de los actores relevantes que contribuirían a redefinir la agenda temática de la CIDH a través de una variada gama de casos, relatorías y audiencias temáticas, etc.

En lo concerniente a la relación de la sociedad civil con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, inicialmente ella se planteó en especial a través de su participación en la tramitación de Opiniones Consultivas, que, como hemos visto, constituyó en la práctica la función principal de la Corte durante su primera década de labores. Dado que las ONGs no poseen la facultad de solicitar tales Opiniones de la Corte, su participación se produjo a través de la figura del *amicus curiae*, institución de origen anglosajón que permite que terceros con experticia en el tema en análisis puedan plantear sus puntos de vista a un órgano jurisdiccional. En un principio las ONGs

formularon sus apreciaciones por escrito,⁴²⁷ pero ya a partir del año 1985, en la tramitación de la Opinión Consultiva N°5, la Corte les permitió hacerlo también oralmente en las audiencias respectivas.

Por lo que se refiere a la participación de la sociedad civil en materia contenciosa ante la Corte, hacia 1990 esta se hallaba todavía en una etapa muy inicial, ya que hasta esa fecha solo se habían litigado muy pocos casos. Aunque la Convención Americana no decía nada acerca de la intervención de la víctima o sus representantes en el litigio ante la Corte Interamericana, como hemos explicado anteriormente, esta, por vía interpretativa, estableció la misma práctica con que se había operado durante las primeras décadas de funcionamiento de la antigua Corte Europea de Derechos Humanos. Esta práctica consistía en que los abogados(as) de la víctima podían participar como asesores de la Comisión durante la tramitación de casos ante la Corte.⁴²⁸

Si bien esto imponía una serie de limitaciones a los representantes de las víctimas, al tener que ajustar sus planteamientos y estrategias procesales a los de la Comisión, incluyendo la cuestión de las reparaciones, en los hechos la sociedad civil jugó un papel crucial en el impulso de los tres primeros casos enviados por la Comisión (Velásquez Rodríguez, Godínez Cruz y Fairén Garbi y Solís Corrales), tanto en los aspectos jurídicos como en la obtención de recursos materiales para poder llevar adelante la litigación. No obstante, recién a mediados de la década de los noventa y especialmente a partir del Reglamento de 2001 se ampliarían las formas de participación de la sociedad civil en el litigio de casos contenciosos ante la Corte Interamericana.⁴²⁹ Esto se vio reforzado con el Reglamento de la Corte de 2010.

⁴²⁷ De hecho, las publicaciones originales de las primeras Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contenían, además del pronunciamiento del tribunal, los *amicus curiae* sometidos ante ella.

⁴²⁸ Para una descripción de cómo operaron las instituciones de la sociedad civil (hechas por los propios abogados participantes) en el Caso Velásquez Rodríguez y los otros dos casos presentados en 1986 por la Comisión ante la Corte, véase, Juan E. Méndez y José Miguel Vivanco, *Disappearances and the Inter-American Court: Reflections on a litigation experience* (cit.); Claudio Grossman, *Disappearances in Honduras: the need for direct victim representation in human rights litigation*, en: *The Hastings International and Comparative Law Review* Vol. 15.3, 1992, pp. 363-389.

⁴²⁹ Como ya describiéramos en el capítulo IV, mediante sucesivos Reglamentos, la Corte estableció en 1996 la autonomía de los representantes de las víctimas en la etapa de reparaciones durante la litigación de los casos y la extendió en 2001 a la tramitación de todo el proceso una vez que se hubiere presentado la demanda por la Comisión o un Estado.

El aspecto más deficitario de la participación de la sociedad civil en la OEA se dio históricamente y hasta hace pocos años en los órganos políticos de dicha organización. Al respecto cabe señalar que la participación de la sociedad civil ante la Comisión y la Corte por sí sola era insuficiente, ya que la falta de participación institucionalizada ante los órganos políticos de la OEA acarreaba un perjuicio para la protección de los derechos humanos en el Continente Americano.

En este punto es interesante contrastar las funciones de dichos órganos con los de Naciones Unidas, para mostrar por qué en la OEA la participación ante los órganos políticos resulta especialmente indispensable. En la ONU, el Consejo de Derechos Humanos (al igual que la antigua Comisión), además de llevar a cabo investigaciones y adoptar resoluciones e informes, hace las veces de Foro de discusión en la materia; en la OEA, este rol es desempeñado por el Consejo Permanente y la Asamblea General, es decir, por órganos políticos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a diferencia del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, no es una suerte de asamblea donde varios cientos de personas se reúnen a discutir durante varias semanas la situación de tales derechos. La CIDH escucha alegaciones de los solicitantes de la audiencia respectiva y de la contraparte si la hubiera, y recibe testimonios y opiniones de expertos, sin que otras personas puedan intervenir. El formato es completamente diferente y se asemeja más bien al de una pequeña sala de audiencias a la que, salvo alguna razón calificada, puede acceder público, pero en cantidad limitada algunas decenas y, como decíamos, sin derecho a efectuar una exposición. De hecho, la mayor fuente de difusión de las audiencias de la CIDH es otra: su transmisión en directo vía Internet.

En este sentido, las funciones que desempeña en la ONU el Consejo de Derechos Humanos de la ONU se hallan repartidas en la OEA entre el Consejo Permanente y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Así, entre las labores que lleva a cabo el Consejo Permanente de la OEA y que en la ONU están entregadas al Consejo de Derechos Humanos, se encuentra, por ejemplo, una tan importante como la de elaborar instrumentos internacionales. En conjunto con la Asamblea General, el Consejo Permanente de la OEA es además el organismo donde se elaboran, tramitan y

aprueban las resoluciones en la materia. A ello cabe añadir que la Asamblea General es la encargada de elegir a los Miembros de la Comisión y a los jueces de la Corte Interamericana, así como de dar seguimiento al cumplimiento efectivo de los Estados de las sentencias de esta última. Por otra parte, si bien los órganos políticos de la OEA tienen, como se ha visto, incidencia en materia de derechos humanos al punto de que se asemejan en una serie de aspectos a la antigua Comisión o el actual Consejo de Derechos Humanos de la ONU, ello no significa que sean una réplica de estos a escala regional. Esto porque la Comisión Interamericana de Derechos Humanos posee también una serie de poderes que en la ONU han tenido los dos órganos mencionados. Entre estos poderes se encuentran, por ejemplo, el de escoger los países a los cuales prestará especial atención a través de visitas *in loco* y de Informes; el de designar a sus Relatores temáticos; el de escoger a sus Relatores de países; etc.

Siendo este el contexto del Consejo Permanente y la Asamblea General de la OEA, resulta evidente su importancia en materia de derechos humanos, así como la necesidad de que exista una participación significativa de la sociedad civil en ellas. Sin embargo, hasta avanzada la década de los noventa, el Consejo Permanente de la OEA trabajaba regularmente sin brindar acceso a la participación de las ONGs. Solo muy excepcionalmente, y de manera puntual para una situación específica, las ONGs adquirían tal acceso. En cuanto a la Asamblea General, existía la posibilidad de que las instituciones de la sociedad civil participaran mediante una invitación del Secretario General de la OEA, la cual si bien normalmente era realizada cuando las ONGs así lo solicitaban, tenía en rigor un carácter enteramente discrecional. En términos generales, puede afirmarse que hasta fines de la década de los noventa no existía ni una política ni una práctica de transparencia y participación en los órganos políticos de la OEA.

La situación recién descrita contrastaba con la experiencia de Naciones Unidas, donde fue establecido un sistema de status consultivo para asegurar la participación de las organizaciones de la sociedad civil desde los comienzos de la Comisión de Derechos Humanos, en 1946. En los órganos políticos de la OEA, en cambio, recién se alcanzaría una regulación análoga en 1999.

Esta diferencia tiene varias explicaciones. Primeramente, en la ONU las ONGs desempeñaron un papel relevante incluso antes de su establecimiento, efectuando

labores de cabildeo (“lobby”) para que la Carta de Naciones Unidas incorporara referencias a las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos. Esto condujo a que se encontraran en buen pie para plantear la necesidad de que se les reconociera institucionalmente su derecho a participar en la ONU.⁴³⁰ En la OEA no se vivió un proceso similar, ya que las ONGs recién comienzan a jugar un papel activo una vez que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos entró en operaciones en 1960.

Seguidamente, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos posee algunos de los poderes de los que en la ONU goza el Consejo de Derechos Humanos, al desarrollar las organizaciones de la sociedad civil una participación significativa ante la CIDH – como históricamente han tenido-, su presencia en el Sistema Interamericano de todos modos ha sido relevante a pesar de no haber ido acompañada hasta hace algunos años de una participación equivalente ante los órganos políticos de la OEA. Esto puede haber llevado también a que la mayoría de las ONGs no pusiera énfasis en demandar mayores espacios de participación en los órganos políticos. A lo anterior cabe añadir que puede haberse tratado de una suerte de círculo vicioso y de un problema de falta de masa crítica. Por una parte, la falta de participación de la ciudadanía que imperaba por esa época en el quehacer de los órganos políticos de la OEA puede haber llevado a muchas organizaciones de la sociedad civil a concluir que intentar transformar esas situaciones era una tarea inútil. Por otra parte, la carencia de una masa crítica suficiente de ONGs dispuesta a intentar ese cambio puede haber contribuido aun más a reforzar el *statu quo*.

2. INICIATIVAS PARA ESTABLECER UN SISTEMA DE STATUS CONSULTIVO

Debido a las carencias anotadas, así como al impulso brindado al respecto por las propias ONGs y algunos Estados,⁴³¹ el Consejo Permanente estableció en 1994 un

⁴³⁰ Consúltense Jerome Shestack, "Sisyphus Endures: The International Human Rights NGO", *New York Law School Law Review* Vol. 24(1978), pp.89 ss; Dianne Otto, Nongovernmental Organizations in the United Nations System: The Emerging Role of the International Civil Society, *Human Rights Quarterly* (1996) Vol.18, pp.107-141, especialmente p.110.

⁴³¹ Canadá fue el Estado que formalmente solicitó al Consejo Permanente de la OEA que se abocara a este asunto. Véase, Nota de la Misión Permanente del Canadá sobre el estudio de la posibilidad de otorgar

Grupo de Trabajo sobre la situación de las Organizaciones No-Gubernamentales, destinado a avanzar hacia la creación de un mecanismo de status consultivo. Sin embargo, este Grupo dio por concluidas sus tareas en 1997, sin recomendar el establecimiento de un status consultivo ni de nada que se le asemejara.⁴³² Mientras el Grupo de Trabajo se encontraba activo, dos ONGs (el International Human Rights Law Group y CEJIL) prepararon un borrador conteniendo un conjunto de regulaciones sobre el status consultivo; este documento fue distribuido a diversas delegaciones gubernamentales, pero ninguna de ellas llegó a someterlo al Grupo de Trabajo, por considerar que no habría disposición colectiva para trabajar sobre ellas.

Básicamente, las tareas del Grupo de Trabajo se redujeron a recopilar antecedentes acerca de las relaciones - ya fueran normadas o de hecho- existentes entre la OEA y los organismos no-gubernamentales. Muchos de los organismos eran en realidad de asesoría técnica más que instancias de participación de la sociedad civil. Además, el Grupo de Trabajo dio a entender en su documento final que lo que le interesaba a la OEA con el status consultivo era recopilar información proporcionada por las ONGs - la cual es una de diversas facetas de relación posibles - sin referirse a la interacción y debate que debería producirse entre la OEA y las sociedades civiles del Continente. El Grupo de Trabajo, curiosamente, estimó en su documento final de 1997 que "las ONGs tienen ya un status en la OEA."⁴³³ Dicho status les estaría conferido, supuestamente, por un documento del año 1971, denominado "Normas sobre relaciones de cooperación entre la OEA y las Naciones Unidas, sus organismos especializados, y otros organismos nacionales e internacionales."⁴³⁴ Lo cierto es que este documento no estableció en absoluto un sistema que se asemejara al status consultivo para las ONGs a la manera en que existe en la ONU y otros organismos inter-gubernamentales. El documento del año 1971 establecía básicamente mecanismos para requerir asesoría técnica.

status en la OEA a las organizaciones no gubernamentales (ONG), OEA/Ser.G, CP/doc.2486/94, 2 mayo 1994. En la fundamentación se señala que "El Canadá cree que otorgar a las ONG determinada condición en la OEA tendría repercusiones positivas para la Organización. Las ONG podrían actuar como fuente de información y conocimientos especializados sobre varios temas, lo que asistiría a los Estados miembros en sus deliberaciones y en la formulación de respuestas multilaterales a los desafíos que enfrenta el Hemisferio. Las ONG, por medio de sus vínculos y contactos, asistirían en la diseminación de información sobre cómo la OEA se está fortaleciendo y cómo está abordando los temas prioritarios que enfrenta el Hemisferio."

⁴³² Informe Grupo de Trabajo encargado de estudiar la posibilidad de otorgar status a las organizaciones no-gubernamentales (ONG) en la OEA, OEA/Ser.G, CP/CAJP-1156/97, 4 febrero 1997.

⁴³³ Ídem, p. 10.

⁴³⁴ AG/RES. 57 (I-O/71).

En realidad, lo que sucedió en esa etapa fue que la orientación del Grupo de Trabajo se vio afectada por la discusión más general que tenía lugar en los órganos políticos de la OEA acerca de la reforma del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que vivió sus momentos de mayor tensión justamente en los años 1996-97. Por lo mismo, no fue de extrañar que el Grupo de Trabajo acabara desdiciéndose de sus propósitos iniciales de encaminarse hacia el establecimiento de un genuino mecanismo de status consultivo.

Cuando parecía que el proceso hacia el establecimiento de un status consultivo se estancaba definitivamente, el asunto recobró un inesperado vigor como consecuencia de los lineamientos de la Segunda Cumbre de las Américas, realizada en Santiago de Chile en abril de 1998, en la que se enfatizó la necesidad de fortalecer las formas de participación de la sociedad civil. Esto llevó a que en la Asamblea General de la OEA de ese año se adoptara una resolución llamando a hacer efectiva esa participación en la OEA.

Un Grupo de Trabajo conjunto del Consejo Permanente y del CIDI (Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral) sobre el fortalecimiento y modernización de la OEA asumió entonces la tarea de avanzar en la línea de abrir nuevos cauces a la participación de la sociedad civil. Paralelamente, las organizaciones no-gubernamentales establecieron una coordinación permanente, bajo los auspicios de la Fundación Esquel Group, para hacer un seguimiento permanente y formular aportes al mencionado Grupo de Trabajo.

En seguida, el Grupo de Trabajo elaboró un borrador conteniendo un conjunto de directrices detalladas estableciendo un mecanismo de status consultivo. La Asamblea General de 1999 refrendó el trabajo en esa dirección, aprobando una resolución sobre la OEA y la sociedad civil, la cual incluyó un anexo conteniendo las mencionadas directrices. La resolución de la Asamblea creó una Comisión al interior del Consejo Permanente a cargo de dar seguimiento a las directrices y de completarlas antes del fin de año de 1999.

La coalición de ONGs continuó su labor de seguimiento en esta etapa y envió un conjunto de observaciones sobre el borrador de directrices a la referida Comisión. Este proceso concluyó efectivamente en diciembre de 1999, consagrándose un sistema de status consultivo para las entidades de la sociedad civil en la OEA. Lo anterior se concretó mediante la aprobación por la Comisión del Consejo Permanente del documento denominado "Directrices para la participación de las organizaciones de la sociedad civil en las actividades de la OEA", y su adopción unos días más tarde por el Consejo Permanente.⁴³⁵ En dotar de celeridad a este proceso Canadá jugó un papel de importancia, ya que aspiraba a llegar a la Asamblea General que se realizaría en su territorio el año 2000 con este proceso ya concluido, lo que finalmente se consiguió.

3. RASGOS PRINCIPALES DEL SISTEMA DE STATUS CONSULTIVO DE LA OEA

El establecimiento de un sistema de status consultivo para las organizaciones de la sociedad civil en su algo más de una década de implementación, ha contribuido a fortalecer la participación de la sociedad civil ante los órganos políticos de la OEA. No obstante ello, el sistema establecido presenta algunas insuficiencias, ya que si bien las ONGs formularon a lo largo del proceso de creación de dicho mecanismo una serie de propuestas que fueron incorporadas, subsisten ciertas limitaciones a su participación que no parecen ser coherentes con el propósito general de fortalecer la participación de la sociedad civil. De alguna manera, subsiste un cierto "celo" de parte de algunos estados respecto de que las organizaciones de la sociedad civil puedan asumir un papel que signifique un cierto desplazamiento del protagonismo desde los Estados Partes de la OEA a dichas organizaciones. No obstante, el solo hecho de establecer un mecanismo de status consultivo abrió las puertas al desarrollo de una dinámica diferente, que ha ido conduciendo a una ampliación de las formas de participación de las ONGs y de la interacción entre éstas y los organismos de la OEA.

Las directrices comienzan señalando que su objetivo es regular la participación de las organizaciones de la sociedad civil en la OEA. En otras palabras, no se trata meramente de labores de asesoría - como parecía indicarse en algunas etapas iniciales

⁴³⁵ OEA/SER.G, CP/RES.759(1217/99), 15 diciembre 1999.

del proceso de establecimiento de un status consultivo -, sino de que la sociedad civil, a través de sus organismos, tengan presencia en las actividades de la OEA.⁴³⁶ En seguida, se dispone que por organización de la sociedad civil se entenderá "toda institución, organización o entidad nacional o internacional integrada por personas naturales o jurídicas de carácter no-gubernamental."⁴³⁷

Las regulaciones incluyen un conjunto de principios que rigen la participación de las ONGs, entre las cuales se resalta que "[l]os asuntos de que se ocupen deberán ser de competencia de la OEA y las finalidades y propósitos que persiguen deberán ser congruentes con el espíritu, los propósitos y los principios establecidos en la Carta de la OEA"⁴³⁸ y que su actividad deberá contribuir al desarrollo de las actividades de los órganos de la OEA.⁴³⁹ En este sentido, la versión final de las directrices despejó del camino algunos términos que se incluían en los borradores previos y que las ONGs habían observado que por su ambigüedad podían prestarse para dificultar una participación libre. En efecto, en los borradores se exigía que las ONGs demostraran "respaldo" a las actividades de la OEA y la ausencia de tal respaldo podía significar que se dejara sin efecto el derecho a participar de una ONG; también se establecía que las ONGs se comprometieran a dar su apoyo a la OEA. Todo esto podría haberse interpretado eventualmente como una limitante a la formulación de críticas por parte de las organizaciones de la sociedad civil al desempeño de órganos de la OEA.

En cuanto al trámite de solicitud para que una ONG sea registrada, se eliminó de la versión final de las directrices la posición calificada que se asignaba en los borradores al estado en el que tenía su sede la ONG que formulaba la solicitud. Así, mientras en los borradores se indicaba que en el trámite de admisión de una ONG nacional se obraría "previa consulta con el Estado miembro interesado", en el texto definitivo se señala que al momento en que se analice por la Comisión una solicitud de participación, "los Estados Miembros podrán efectuar comentarios y solicitar informaciones a la organización respectiva."⁴⁴⁰

⁴³⁶ Ídem, párrafo 1.

⁴³⁷ Íd., párrafo 2.

⁴³⁸ Íd., párrafo 4.a.

⁴³⁹ Íd., párrafo 4.b.

⁴⁴⁰ Íd., párrafo 10.

En cambio, el texto final mantuvo algunas disposiciones que las ONGs consideraban demasiado intrusivas, especialmente en relación con sus fuentes de financiamiento. Se trata de un aspecto que también ha dado origen a fricciones en el ámbito de Naciones Unidas.

Respecto de las modalidades concretas de participación, se establece el derecho de las ONGs registradas a participar en las Conferencias de la OEA. Pero es respecto del Consejo Permanente y del CIDI que se introducen las innovaciones más significativas. Así, se establece que "[l]as organizaciones de la sociedad civil que hayan sido inscritas en el registro podrán designar representantes para que asistan a las reuniones públicas del Consejo Permanente, del CIDI y de sus órganos subsidiarios", pudiendo esto extenderse a las reuniones privadas con la autorización del Presidente previa consulta con los Estados participantes.⁴⁴¹ Las ONGs deberán ser además informadas acerca del calendario de reuniones públicas y de las respectivas agendas.⁴⁴²

También se establece el derecho de las ONGs a presentar documentos escritos sobre los temás de discusión, los que deberán ser distribuidos por la Secretaría de la OEA a los Estados Miembros. Cuando el documento exceda de 2000 palabras, la ONG deberá hacerse cargo del costo de su distribución.⁴⁴³ Se consagra así un derecho hasta ahora inexistente para las organizaciones de la sociedad civil: el de hacer circular documentos por canales oficiales de la OEA.

Otro paso sin precedentes en la OEA lo constituye el hecho de que, bajo el sistema de status consultivo, las ONGs pueden realizar presentaciones orales ante determinados órganos políticos, en particular en las reuniones de las comisiones, grupos de expertos y grupos de trabajo del Consejo Permanente o del CIDI (Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral). Tratándose de las referidas comisiones, el derecho es más acotado que respecto de los grupos de expertos o de trabajo, ya que en las reuniones de las primeras sólo se autoriza una presentación al comienzo del debate, mientras que en los segundos puede hacerse una nueva presentación al finalizar la consideración de cada tema. Además, solo respecto de las reuniones de los grupos de

⁴⁴¹ Íd., párrafo 13.a.

⁴⁴² Íd., párrafo 13.b.

⁴⁴³ Íd., párrafo 13.c.

expertos y grupos de trabajo - y no para las reuniones de comisiones- se establece que las ONGs recibirán la documentación pertinente en forma previa a la reunión.

No obstante, en disposiciones aplicables a todos los casos anteriores, las directrices enfatizan que "[l]as organizaciones de la sociedad civil no podrán participar en las deliberaciones, negociaciones y decisiones que adopten los estados Miembros."⁴⁴⁴ Estas disposiciones mantienen un margen de ambigüedad, puesto que no queda claro si eventualmente autorizarían a excluir a las ONGs en determinados momentos durante las discusiones, lo que sería completamente contradictorio con los propósitos que animan el establecimiento de un sistema de status consultivo.

Lo anterior refleja las tensiones que atravesaron el proceso de establecimiento de un status consultivo para las organizaciones de la sociedad civil, proceso en el que siempre hubo algunos estados que temieron que las ONGs pudieran intentar "reemplazarlos" en su rol. Desde luego, no es esa la pretensión de las ONGs, sino que se trata de establecer mecanismos para asegurar una mayor transparencia y participación en las actividades de la OEA.

La implementación del sistema de status consultivo ha probado ser beneficioso para la participación de la sociedad civil en la OEA. Si bien el poseer dicho status no resulta indispensable para que una ONG participe, lo cierto es que ello fortalece su desempeño en relación con la OEA.

El proceso de implementación ha ido acompañado de una serie de otras medidas adoptadas por la OEA, que se ha continuado refiriendo a la participación de la sociedad civil en los años siguientes al establecimiento de dicho status. En especial, resalta al respecto una resolución aprobada por el Consejo Permanente en 2003,⁴⁴⁵ que incluye, entre otras iniciativas, la remisión a las organizaciones registradas de “las resoluciones aprobadas en cada período de sesiones de la Asamblea General con el fin de conocer sus comentarios y solicitar que contribuyan en la mejor implementación de las mismas, cuando esto corresponda”, la elaboración y difusión amplia “a través de un documento

⁴⁴⁴ Se emplean tales expresiones en los párrafos 13.d y 13.e.

⁴⁴⁵ CP/RES. 840 (1361/03), 26 de marzo de 2003, Estrategias para incrementar y fortalecer la participación de las organizaciones de la sociedad civil en las actividades de la OEA.

consolidado [de] las normas existentes contenidas en los reglamentos de la Asamblea General, Consejo Permanente, Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral (CIDI), conferencias especializadas y demás órganos y organismos que permitan la participación de las organizaciones de la sociedad civil en las actividades de la OEA”, la evaluación periódica de las modalidades de consultas virtuales a la sociedad civil en relación con las iniciativas que lleva a cabo la OEA, la organización de una reunión anual del Consejo Permanente “acerca de un asunto de especial interés para las organizaciones de la sociedad civil registradas, con el fin de tener un diálogo amplio y sustantivo”, etc.

Además , la resolución de 2003 exhorta a los Estados Miembros a que “inviten, en el caso de ser anfitrión de reuniones organizadas en el ámbito de la OEA, a las organizaciones de la sociedad civil registradas de acuerdo con el área de interés a participar como invitados y contribuir a la agenda y preparación de este evento”; también se persigue institucionalizar de manera regular y oficial al comienzo de cada Asamblea General el diálogo que tiene lugar entre los Jefes de Delegación, el Secretario General de la OEA y las organizaciones de la sociedad civil, el cual “deberá tener preferentemente como tema el mismo en el que se centre el diálogo entre los Jefes de Delegación en el marco del plenario de la Asamblea General.” No obstante, para algunas asambleas generales algunos pocos Estados han intentado impedir que algunas organizaciones de la sociedad civil participen.

De manera más general –ya no limitada solo a las organizaciones con status consultivo- las transformaciones experimentadas por el sitio web de la OEA en los últimos años reflejan una política de mucha mayor transparencia que en el pasado. Así, en la actualidad a través de dicho sitio web es posible informarse de manera expedita –y a veces en directo- acerca de numerosas actividades de dicha organización. Esto es, claro, relevante también para que aquellos interesados en participar estén en condiciones de hacerlo informadamente.

Cabe resaltar además la creación al interior de la OEA de un Fondo de financiamiento para la participación de la sociedad civil en las actividades que ésta lleva adelante a través de sus órganos políticos, así como en las Cumbres de las Américas. Este

Fondo se constituye mediante contribuciones voluntarias de los Estados de la OEA, por Estados observadores de ella y por otros donantes.⁴⁴⁶

Por último, es necesario señalar que, en la línea de potenciar la participación de las ONGs, se encuentra en discusión un “Borrador de la Estrategia de Fortalecimiento de la Participación de la Sociedad Civil en las Actividades de la Organización de Estados Americanos.”⁴⁴⁷

⁴⁴⁶ Véase, CP/RES. 864 (1413/04), 10 de octubre de 2004, Fondo Específico para Financiar la Participación de las Organizaciones de la Sociedad Civil en las Actividades de la OEA y en el Proceso de Cumbres de las Américas. En la Asamblea General celebrada en Lima en 2010 se alienta a los Estados Miembros de la OEA, a los Observadores Permanentes y a otros donantes “a que consideren contribuir al Fondo Específico para financiar la participación de las organizaciones de la sociedad civil y otros actores sociales en las actividades de la OEA y el proceso de Cumbres de las Américas, a fin de mantener y promover su participación eficaz en las actividades de la Organización.” (AG/RES. 2612 (XL-O/10) “Aumento y Fortalecimiento de la Participación de la Sociedad Civil y los Actores Sociales en las Actividades de la Organización de Estados Americanos y en el Proceso de Cumbres de las Américas”, 8 de junio de 2010, numeral 5.

⁴⁴⁷ CP/CISC-422/09 rev.1.

**SEGUNDA PARTE: LAS TRANSFORMACIONES DEL SISTEMA
INTERAMERICANO EN CUANTO AL ALCANCE Y CONTENIDO
MATERIAL DE LOS DERECHOS PROTEGIDOS**

CAPÍTULO VIII: LA ADOPCIÓN DE NUEVOS INSTRUMENTOS INTERAMERICANOS SOBRE DERECHOS HUMANOS DURANTE LOS PROCESOS DE DEMOCRATIZACIÓN

1. LA FALTA DE “UNIVERSALIDAD” DEL SISTEMA INTERAMERICANO Y LA ADOPCIÓN DE NUEVOS INSTRUMENTOS DE DERECHOS HUMANOS

A pesar del tiempo transcurrido desde que fuera adoptada, existe una serie de Estados de la OEA que no han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumento básico del Sistema Interamericano en materia de tales derechos. Se trata de Canadá, Estados Unidos y algunos países del Caribe angloparlante. A pesar de que por el solo hecho de ingresar a la OEA se aplica a un estado la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y adquiere competencia a su respecto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es evidente que se alcanza un estatuto pleno sólo una vez que se ratifica la Convención Americana. De allí que en el contexto del Sistema Interamericano se hable de una falta de universalidad del mismo para referirse a la mencionada carencia. Se trata de una carencia que ha sido reconocida en todos los niveles de la OEA. El actual Secretario General de dicha organización, José Miguel Insulza, lo ha calificado como uno de los problemas centrales de la institución en materia de derechos humanos.⁴⁴⁸

En el caso de Canadá, su incorporación a la OEA se produjo en 1990, cuando las autoridades de ese país estimaron que el contexto de dicha organización había cambiado y que ella había dejado de ser una institución al solo servicio de Estados Unidos. Desde entonces, dicho país ha desempeñado un papel importante en lo que se refiere al fortalecimiento, contribuyendo a generar una discusión más abierta y transparente, a favorecer la participación de la sociedad civil y, en general, a apoyar la labor que llevan a cabo los órganos de derechos humanos de la OEA.⁴⁴⁹ Sin embargo, el hecho de haber transcurrido cerca de 20 años desde su ingreso a dicha organización sin haber ratificado la Convención limita de alguna manera el impacto que Canadá puede producir en este

⁴⁴⁸ Véase, José Miguel Insulza, 60 Aniversario de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; en: *Revista IIDH* N°46, Junio-Diciembre 2007, pp- 13-17; la cita es de pág.16.

⁴⁴⁹ Consúltase, Andrew Cooper and Thomas Legler, *Intervention Without Intervening?: The OAS Defense and Promotion of Democracy in the Americas*, cit., especialmente pp. 9 y 36-37.

ámbito. Además se han llevado a cabo algunas iniciativas desde el propio Sistema Interamericano para promover la ratificación canadiense, sin que ellas hayan dado resultados hasta la fecha. Así, por ejemplo, en abril de 2008 con miras a este objetivo visitó Canadá una delegación integrada por el entonces Presidente del Consejo Permanente de la OEA, el Comisionado Relator sobre Canadá de la CIDH y el Secretario Ejecutivo de ésta.

Las principales razones por las que dicha ratificación aún no ha tenido lugar son problemas relativos al sistema federal canadiense, así como algunos aspectos sustantivos, en relación con el aborto y con la criminalización del discurso de odio (“hate speech”).⁴⁵⁰ En este sentido, algunas ONGs canadienses han preparado documentos que muestran cómo la ratificación de la Convención Americana en ningún caso representaría un retroceso para la protección de los derechos humanos en ese país y un conjunto de ONGs que participan activamente en el Sistema Interamericano ha promovido una campaña para que se produzca la ratificación.⁴⁵¹

La situación de Estados Unidos, en cambio, se inserta dentro de sus pésimos antecedentes en materia de adopción de instrumentos internacionales y, en general, de su falta de asunción seria del Derecho Internacional. Así, después de haber sido suscrita por EE.UU. hace varias décadas, la ratificación de la Convención Americana se encuentra pendiente en el Senado desde 1977, sin visos de cambio por el momento.⁴⁵²

Cabe señalar que cuando dicho país se ve enfrentado a denuncias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos bajo la Declaración Americana, participa en el litigio del caso, pero en el evento de obtener una decisión negativa no la acata, indicando que la mencionada Declaración no crea obligaciones jurídicas. Algo similar ocurre acerca de las solicitudes de medidas cautelares.

⁴⁵⁰ Una exposición y refutación de estos argumentos en Bernard Duhaime, *Strengthening the protection of human Rights in the Americas: A role for Canada?*, en Mónica Serrano, Mónica y Vesselin Popovski (eds.), *Human Rights Regimes in the Americas*, United Nations University Press, Nueva York, 2010, pp.84-113, especialmente pp.90ss.

⁴⁵¹ Véase, Rights & Democracy, *Brief to the Canadian Government regarding ratification by Canada of the American Convention on Human Rights (ACHR)*, Quebec, May 19, 2000 (copia del documento en poder del autor de este trabajo).

⁴⁵² Cfr., International Human Rights Law Group, *Making Rights Real in the Americas: A Call to the United States to Ratify the American Convention on Human Rights*, Washington, D.C., 1994.

En lo que se refiere a aquellos países caribeños angloparlantes que no han ratificado la Convención Americana, ello se inscribe dentro de un proceso histórico según el cual la relación recíproca de dichos estados con la OEA en general y con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en particular no ha sido significativa. Como apunta un autor, la OEA, a diferencia de la ONU, no desempeñó un papel relevante en el proceso de descolonización hemisférico, y, por consiguiente, una vez que los Estados caribeños angloparlantes obtuvieron su Independencia (lo cual ocurrió entre 1962 y 1983, dependiendo de los países), la OEA no asumió tampoco ese rol.⁴⁵³ De hecho, el grueso de la atención de la Comisión Interamericana respecto de dichos Estados ha estado centrada en la aplicación de la pena de muerte,⁴⁵⁴ además de algunas situaciones específicas como la invasión de Grenada en la década de los ochenta, que llevó a la CIDH preparar un Informe sobre dicho país. En los últimos años, la atención en los Estados caribeños angloparlantes en términos de transformaciones jurídicas de alcance internacional se ha focalizado en la creación de una Corte Caribeña de Justicia (establecida recientemente), con miras a reemplazar al Privy Council británico como última instancia judicial.⁴⁵⁵

La falta de universalidad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos produce efectos negativos en éste. Por una parte, respecto de los Estados que no se han adherido en plenitud a dicho Sistema, este se ve limitado en el impacto susceptible de alcanzar en tales países. Por otra parte, aquellos estados que sí son parte de la Convención Americana y de otros instrumentos interamericanos, suelen referirse a la situación discriminatoria que ello representa, a veces como un pretexto para su propio incumplimiento.

Ariel Dulitzky ha propuesto fijar un itinerario a este respecto, anotando que

“Para proteger mejor los derechos humanos de su población, la OEA debe impulsar e idealmente requerir que sus Estados Miembros sean parte de la

⁴⁵³ Véase, Auro Fraser, *From Forgotten through Friction to the Future: the Evolving Relationship of the Anglophone Caribbean and the Inter-American System of Human Rights*, en: *Revista IIDH* N°43, enero-junio 2006, pp.207-237, especialmente p. 211.

⁴⁵⁴ Véase, Brian Tittmore, *The Mandatory Death Penalty in the Commonwealth Caribbean and the Inter-American Human Rights System: an Evolution in the Development and Implementation of International Human Rights Protections*, *William & Mary Bill of Rights Journal* Vol.13, 2004, pp.445-520.

⁴⁵⁵ *Ídem*, p. 209.

Convención y acepten la jurisdicción de la Corte, ejes centrales del sistema de protección. Por ello, deberían crearse los incentivos suficientes para que un plazo prudencial todos los Estados Miembro de la OEA sean parte de la Convención y estén bajo la jurisdicción de la Corte. Por ejemplo, el año 2019, dentro de poco más de diez años y 50 años después de haberse adoptado la Convención Americana, podría ser una fecha para que se haya logrado la adhesión universal a la Convención y a la jurisdicción de la Corte. Para lograr esta ambiciosa meta, la Comisión y la Secretaría General deberían diseñar una estrategia de trabajo conjunto con los Estados para apoyarlos e incentivarlos en este proceso. Los Estados que aún no han ratificado la Convención ni han aceptado la jurisdicción de la Corte, deberían informar periódicamente al Consejo Permanente, al Secretario General y a la Comisión sobre el estado de su legislación y la práctica en lo que respecta a los derechos protegidos por la Convención, precisando en qué medida se ha puesto o se propone poner en ejecución cualquiera de las disposiciones de la Convención.”⁴⁵⁶

Sin perjuicio de que el instrumento básico en materia de derechos humanos del Sistema Interamericano –la Convención Americana- no ha sido ratificado todavía por una serie de países, paralelamente se ha continuado avanzando en la elaboración, adopción y entrada en vigor de otros instrumentos. Ellos se refieren a aspectos específicos en materia de derechos humanos.

Así, partir de la década de los noventa se han aprobado tres tratados sobre derechos humanos en el Sistema Interamericano (la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas,⁴⁵⁷ la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer⁴⁵⁸ y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad),⁴⁵⁹ entró en vigor un Protocolo adoptado previamente (el Protocolo de San Salvador sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales), se aprobó el Protocolo sobre Pena de Muerte⁴⁶⁰ y se encuentran dos instrumentos en preparación (la Declaración Americana sobre Pueblos Indígenas y la Convención Interamericana contra el Racismo y toda forma de Discriminación e Intolerancia).

⁴⁵⁶ Ariel Dulitzky, 50 Años del sistema interamericano de derechos humanos: una propuesta de reflexión sobre cambios estratégicos necesarios, Revista IIDH N°46, Junio-Diciembre 2007, pp- 33-42; la cita es de pp.36-37.

⁴⁵⁷ Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

⁴⁵⁸ Ídem.

⁴⁵⁹ Aprobada en Ciudad de Guatemala, Guatemala, el 7 de junio de 1999, en el vigésimo noveno período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

⁴⁶⁰ Adoptado en Asunción, Paraguay, el 8 de junio de 1990.

Los dos primeros tratados mencionados (la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer) fueron aprobados en la Asamblea General de la OEA de 1994, celebrada en Belém do Pará (Brasil). El segundo de los instrumentos mencionados es conocido también como Convención de Belém do Pará.

2. LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas constituye el primer tratado internacional dedicado específicamente a esta materia.⁴⁶¹ La idea de elaborar una Convención sobre desapariciones había comenzado a discutirse a mediados de los ochenta. Ello produjo también un efecto en la ONU, donde se comenzó a trabajar en la preparación de una Declaración en la materia. En dicho organismo la preocupación por las desapariciones se había originado a raíz de su práctica sistemática en América Latina, pero después dicha preocupación se había extendido a otros Continentes, en especial a Asia. En la OEA, la CIDH había preparado a fines de los ochenta una versión preliminar de la Convención que recogía los desarrollos jurisprudenciales más importantes. Sin embargo, a pesar de establecerse un Grupo de Trabajo en la OEA para su estudio, en la práctica pasaron varios años sin que los estados le dieran un seguimiento efectivo al tema. Pero en enero de 1992 la ONU aprobó la Declaración que venía preparando; se produjo entonces la paradoja de que, habiendo iniciado la ONU su labor en la materia basada en el impulso inicial que había tenido lugar en el Sistema Interamericano, terminaba su tarea antes que éste. Claro está que se trataba de una Declaración y no de una Convención como en el caso de la OEA, lo que también hacía para esta última más compleja su aprobación.⁴⁶² En cualquier caso, medido en cantidad de trabajo dedicado al respecto en uno y otro Sistema, era evidente que la ONU había puesto esfuerzos mucho mayores.⁴⁶³

⁴⁶¹ Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994.

⁴⁶² Años después la ONU aprobaría un tratado sobre esta materia, la Convención Internacional Para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas, aprobada por la Asamblea General en Nueva York el 20 de diciembre de 2006.

⁴⁶³ Para un análisis detallado de la preparación y contenidos de ambos documentos, véase Reed Brody y Felipe González, *Nunca Más: An Analysis of International Instruments on Forced Disappearances*, en: *Human Rights Quarterly* Vol. 19 N°2, Mayo 1997, pp. 365-405.

La aprobación por la ONU de la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Desaparición Forzada hizo entonces que en la OEA el asunto se agilizará. Esta mayor agilidad, sin embargo, no vino acompañada de un criterio protector de los derechos humanos. El Grupo de Trabajo, conformado por representantes de los estados miembros de la OEA, elaboró una nueva versión de Convención, cuyas normas significaban un retroceso absoluto respecto del estado de cosas del Sistema Interamericano en materia de desapariciones. Apartándose por completo del Proyecto preparado por la Comisión, de la jurisprudencia de la Corte en Velázquez Rodríguez y otros casos, y de varias resoluciones de la Asamblea General de mediados de los ochenta, el nuevo borrador eliminaba toda referencia al carácter de crimen contra la humanidad de las desapariciones forzadas, aceptaba la invocación de la obediencia debida como causal de justificación, consideraba legítima la dictación de normas de amnistía en la materia y permitía el asilo político para sus perpetradores, entre otras disposiciones.⁴⁶⁴

Este Proyecto, todavía inconcluso, llegó a la Asamblea General efectuada en mayo de 1992. La Asamblea debía decidir los pasos a seguir. El pequeño grupo de organizaciones no-gubernamentales presentes, compuesto por FEDEFAM (Federación Latinoamericana de Familiares de Detenidos Desaparecidos), el International Human Rights Law Group, Amnistía Internacional y la Comisión Internacional de Juristas, obtuvo que la resolución allí aprobada incorporara la necesidad de escuchar a las entidades de la sociedad civil durante la siguiente etapa de tramitación del Proyecto de Convención. Ello fue precedido de un fuerte debate, en el que el gobierno de Chile, en la persona del entonces Director Jurídico de la Cancillería Eduardo Vío (el Embajador ante la OEA en esa época era el actual Vicecanciller Heraldo Muñoz), invocó la necesidad de mejorar sustancialmente las disposiciones del borrador de Convención y de asegurar la participación de la ONGs en el Grupo de Trabajo para tales efectos.⁴⁶⁵ La necesidad de que las ONGs participaran de este proceso fue discutida por algunos Estados. Finalmente se llegó a una solución de consenso conforme a la cual el Grupo de Trabajo tendría que “escuchar” a las organizaciones de la sociedad civil.

⁴⁶⁴ OEA/Ser.G/CP/CAJP-866/92 rev. 2, 15 de abril 1992.

⁴⁶⁵ Notas del autor de este trabajo, presente en la Asamblea General de 1992.

Durante los dos años siguientes, las ONGs formaron una coalición más amplia que la de los cuatro grupos señalados y trabajaron activamente para fortalecer la Convención, de modo de asegurarse que esta recogiera el desarrollo internacional en la materia. Argentina, Canadá, Chile y Estados Unidos desempeñaron un papel relevante en esa dirección. En cuanto a la Comisión Interamericana, los estados continuaron manteniéndola en un papel secundario, a pesar de su experticia en la materia.

En definitiva, se adoptó un texto que, en términos generales, resultó satisfactorio en cuanto a los estándares, modificándose la regulación de los cuatro aspectos mencionados más arriba que habían sido objeto de severas críticas. En lo central, la Convención vino a consolidar en un instrumento con rango de tratado una serie de estándares que hasta entonces habían venido siendo desarrollados en el Sistema Interamericano especialmente por vía interpretativa de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

Por tratarse de la primera Convención dedicada específicamente a las desapariciones forzadas (anteriormente sólo se habían adoptado la Declaración de la ONU en la materia además de algunas resoluciones de diversos organismos internacionales), resultaba de suma importancia la definición de dicho crimen. Siguiendo la jurisprudencia al respecto, la Convención la caracteriza como “la privación de libertad de una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.”⁴⁶⁶

Entre los estándares a que se refiere el tratado se encuentra en primer lugar la calificación de la desaparición forzada de personas como un crimen contra la humanidad.⁴⁶⁷ Desde que entre las organizaciones de familiares de desaparecidos surgió la idea de elaborar instrumentos internacionales sobre este crimen, su calificación como de lesa humanidad fue un planteamiento fundamental. La Asamblea General de la OEA, en

⁴⁶⁶ Artículo II.

⁴⁶⁷ Así, se establece en el Preámbulo de la Convención que “la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad.”

resoluciones de los años 1983 y 1984, había hecho tal calificación, la que fue recogida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Velásquez Rodríguez. El primer borrador de Convención, elaborado por la Comisión Interamericana, señalaba tanto en su Preámbulo como en su artículo 4 que la desaparición forzada constituye un crimen contra la humanidad. El informe de la Comisión añadía que "El artículo 4 puede bien ser el más importante de toda la Convención, puesto que al caracterizar la desaparición forzada de personas como un crimen contra la humanidad, le da a la Convención un significado específico y le permite ser efectiva."

Sin embargo, el borrador preparado por el Grupo de Trabajo en 1992 eliminó toda mención a la calificación de la desaparición forzada como crimen contra la humanidad. Durante los trabajos de elaboración en los años 1993 y 1994 este aspecto fue materia de permanente controversia. Finalmente, tal calificación fue incorporada en el Preámbulo de la Convención, estableciéndose que "la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad." El requisito de que se trate de una práctica sistemática no se refiere al número de víctimas, sino a la necesidad de que las desapariciones obedezcan a un plan. Cabe hacer notar que al momento de adoptar la Convención, los delegados de los Estados recibieron un texto anexo a ella, denominado "Observaciones de la Presidencia sobre el valor del Preámbulo en los Tratados Internacionales", el cual fue incluido, como se señala en el mismo anexo, "debido a las discusiones sobre el valor que tendría la inclusión en el preámbulo del párrafo que dice 'la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad'". Basándose en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, así como en jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y en importantes tratadistas, el anexo concluye que se halla fuera de dudas que los Preámbulos han sido reconocidos internacionalmente como vinculantes para las Partes de un Tratado.

La exclusión de la obediencia debida como causal de exención de responsabilidad es otro aspecto relevante de la Convención, disponiéndose al respecto que "[n]o se admitirá la eximente de la obediencia debida a órdenes o instrucciones que dispongan, autoricen o alienten la desaparición forzada", agregándose que "[t]oda persona que reciba tales órdenes tiene el derecho y el deber de no obedecerlas";⁴⁶⁸ Al prohibir la invocación de la obediencia debida, la Convención reafirmó lo dispuesto

⁴⁶⁸ Artículo VIII.

anteriormente por la Declaración de la ONU sobre la materia y que a nivel interamericano ya se había establecido a propósito de otro tipo de violación en la Convención Interamericana Para Prevenir y Sancionar la Tortura.

El tratado también dispone que la desaparición forzada no constituye un delito político para efectos de la extradición de sus perpetradores,⁴⁶⁹ así como establece la exclusión de competencia de tribunales militares para conocer de casos referidos a ellas. Señala en este sentido en su artículo IX inciso 1º que "[l]os presuntos responsables de los hechos constitutivos del delito de desaparición forzada de personas sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derechos común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar." Esta disposición posee un efecto práctico relevante, puesto que al momento de su adopción en numerosos países el juzgamiento de esta clase de casos quedaba entregado a los tribunales militares, lo cual contribuía a dejar en la impunidad muchos crímenes de esta naturaleza. En su parte final, el mencionado artículo IX precisa que "los hechos constitutivos de la desaparición forzada no podrán considerarse como cometidos en el ejercicio de las funciones militares."

Además, tácitamente la Convención prohíbe las amnistías respecto de este crimen, ya que establece la obligación para los Estados de sancionar a quienes los lleven a cabo.⁴⁷⁰ En cambio, en lo que se refiere a la imprescriptibilidad del delito, la Convención sólo recoge parcialmente los desarrollos en la materia, ya que si bien dispone que "[l]a acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción", contiene una excepción a dicha regla, al señalar que "cuando existiera una norma de carácter fundamental que impidiera la aplicación [de lo anterior] (...), el período de prescripción deberá ser igual al del delito más grave en la legislación interna del respectivo Estado parte."⁴⁷¹

Los Estados se obligan también a tipificar el delito de desaparición forzada de personas en su legislación interna, asignándole penas acordes con su extrema gravedad. En conexión con estos aspectos, la Convención establece que el delito de desaparición

⁴⁶⁹ Artículo V.

⁴⁷⁰ Artículo I b).

⁴⁷¹ Artículo VII.

forzada "será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima." Los tribunales internos de algunos países habían llegado a esta conclusión por vía interpretativa; a partir de la Convención en análisis ello pasó a ser explícitamente consagrado en un tratado internacional.

La Convención establece además el derecho a un recurso rápido y eficaz para determinar el paradero o las condiciones de salud de los detenidos, así como para individualizar a la autoridad que ordenó o hizo efectiva la detención.⁴⁷² Siguiendo la normativa y jurisprudencia internacional en la materia, la Convención establece que ni siquiera la presencia de circunstancias excepcionales permite la suspensión de este recurso. La Convención añade que en la tramitación de tales recursos, el derecho interno deberá asegurar que las autoridades judiciales competentes "tendrán libre e inmediato acceso a todo centro de detención y a cada una de sus dependencias, así como a todo lugar donde haya motivos para creer que se puede encontrar a la persona desaparecida, incluso lugares sujetos a la jurisdicción militar."⁴⁷³

Siempre en relación con los mecanismos específicos, la Convención obliga a los Estados Partes a mantener a los detenidos en lugares oficialmente reconocidos y a presentarlos sin demora a la autoridad judicial correspondiente, lo cual es, también, un elemento incorporado previamente por otros instrumentos internacionales.

El tratado también exige de los Estados Partes en el ámbito de los mecanismos específicos la creación de registros oficiales actualizados sobre detenidos. Con ello se pretende eliminar el carácter semi-clandestino que la detención ha poseído históricamente en muchos países de la región. El borrador original de Convención era superior en este sentido, puesto que contemplaba un registro centralizado. De cualquier modo, la disposición definitiva es mejor que la situación que se dio en otros momentos durante la preparación de la Convención, cuando el establecimiento de tales registros quedaba en carácter de facultativo para los Estados. Conforme al texto definitivo de Convención, los registros estarán a disposición de "los familiares, jueces, abogados, cualquier persona con interés legítimo y otras autoridades."⁴⁷⁴

⁴⁷² Artículo X inciso 1°.

⁴⁷³ Artículo X inciso 2°.

⁴⁷⁴ Artículo XI inciso 2°.

No obstante, otro elemento que se supone debe estar presente en un tratado de esta naturaleza, cual es la creación de mecanismos internacionales específicos destinados a hacer más eficiente la protección, mereció escasa regulación. En su Proyecto original, la CIDH había creado una serie de mecanismos internacionales para enfrentar con urgencia las situaciones de desapariciones, el cual fue reducido significativamente en el texto final. El único elemento procedimental específico de carácter internacional aparece regulado en el artículo XIV de la Convención, el que establece que cuando la Comisión reciba una denuncia sobre una desaparición forzada “se dirigirá, por medio de su Secretaría Ejecutiva, en forma urgente y confidencial, al correspondiente gobierno solicitándole que proporcione a la brevedad posible la información sobre el paradero de la persona presuntamente desaparecida y demás información que estime pertinente, sin que esta solicitud prejuzgue la admisibilidad de la petición.”⁴⁷⁵ En la práctica, en situaciones de desaparición forzada de personas, la Comisión Interamericana combina el uso del mencionado mecanismo del artículo XIV de la Convención con las medidas cautelares.⁴⁷⁶

3. LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER (“CONVENCIÓN DE BELÉM DO PARÁ”)

En cuanto a la preparación de la Convención sobre violencia contra la mujer,⁴⁷⁷ ella no fue llevada a cabo por la CIDH sino por la Comisión Interamericana de Mujeres en conjunto con los estados de la OEA. A pesar de que puede haber terreno para la discusión sobre este punto, la ausencia de la CIDH en la elaboración de este tratado no parece que pueda considerarse como el resultado de una exclusión deliberada por parte

⁴⁷⁵ Desde luego, siguiendo su procedimiento tradicional la Comisión también puede darle mayor urgencia a unos casos que a otros y las desapariciones siempre han sido prioritarias para la Comisión, pero el texto original establecía además una serie de obligaciones para los estados para asegurarse que estos respondieran de forma expedita a los requerimientos de la Comisión. A ello se suma la disposición introducida en el Reglamento de la Comisión en 2006, a la que ya hemos hecho referencia, sobre la posibilidad de decidir de manera conjunta sobre la admisibilidad y el fondo de una denuncia (Art. 37.3 del Reglamento).

⁴⁷⁶ Esta Convención entró en vigor en 1996, luego de reunirse la ratificación de dos estados exigida para tal efecto.

⁴⁷⁷ Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (“Convención de Belém do Pará”), adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994).

de los estados, porque lo cierto es que por esos años ella no había asumido de manera significativa la protección de los derechos humanos de la mujer.

La sesión de la Asamblea en que se aprobó la Convención no estuvo exenta de discusión, ya que hasta el último momento la delegación de EE.UU. continuó haciendo ver sus objeciones, en el sentido de que muchas de sus disposiciones sustantivas no solo eran confusas sino que carecían de mecanismos para hacerlas efectivas; además, los estándares serían inferiores a los de la legislación interna de ese país.⁴⁷⁸ La Presidenta de la Comisión Interamericana de Mujeres, Embajadora Zelmira Regazzoli, hizo presente que no podía dilatarse más la adopción del tratado y que el mismo contribuiría a impulsar la lucha contra la violencia contra la mujer en gran parte de los estados de la región. El Presidente de la sesión parecía vacilar por la discusión existente, pero en definitiva, y con el impulso decisivo de la Embajadora Regazzoli, la Convención fue aprobada.⁴⁷⁹

En realidad, la Convención presenta no pocos problemas y las observaciones sobre la confusión y falta de mecanismos para hacer efectivas muchas de sus disposiciones han sido formuladas en diversos trabajos.⁴⁸⁰ No obstante, el punto principal al que apuntaba la Embajadora Regazzoli ha probado ser pertinente, ya que la adopción de este tratado, que entró en vigor al año siguiente (1995), puso en el centro de la agenda del tratamiento de los derechos humanos en el Sistema Interamericano el

⁴⁷⁸ A pesar de que esto pueda ser cierto, el hecho es que Estados Unidos tiene un pésimo “record” en la ratificación de tratados internacionales, especialmente en el área de derechos humanos, por lo que el problema planteado era más hipotético que real.

⁴⁷⁹ La persona que presidía la sesión de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos en que se aprobó el tratado era el Embajador Tijerino, de Nicaragua; como la Embajadora Regazzoli lo veía con el martillo en la mano vacilando en dar por aprobada la Convención, le dijo en un momento: “No tenga miedo, Embajador, no tenga miedo.” Quizá si fue un momento simbólico importante cuando el Embajador Tijerino, un diplomático de larga trayectoria, golpeó finalmente la mesa con su martillo dando por aprobado el texto. Notas del autor de este trabajo, presente durante la adopción de la Convención de Belém do Pará en la Asamblea General de la OEA de 1994.

⁴⁸⁰ Véanse en este sentido, Cecilia Medina, *The Inter-American Commission on Human Rights and Women, with Particular Reference to Violence*, en Monique Castermans-Holleman, Fried van Hoof & Jacqueline Smith (eds.), *The Role of the Nation-State in the 21st Century: Human Rights, International Organisations and Foreign Policy*, Kluwer Law International, La Haya, 1998, pp. 117-134; Viviana Krsticevic, *Mecanismos internacionales para la protección de los derechos humanos de las mujeres*, en *Protección internacional de los derechos humanos de las mujeres*, primer curso taller, IIDH - Cladem, San José de Costa Rica, 1996; Felipe González y Antonio Maldonado, *La Organización de Estados Americanos y su mandato en el campo de la Democracia y los Derechos Humanos*, International Human Rights Law Group, Washington, D.C., 1996, pp. 53 ss.

tema de los derechos de la mujer. Ello serviría de impulso al trabajo de la CIDH en la materia, el que se ampliaría más adelante.

La Convención de Belém do Pará incluye tanto obligaciones que no están sujetas a condición (artículo 7) como otras que son de carácter progresivo (artículo 8). Entre las primeras, además de las que se refieren a acciones y omisiones del Estado respecto de la conducta de sus propios funcionarios, se encuentran otras que establecen el deber de debida diligencia del Estado respecto del actuar de terceros. Esto resulta crucial en materia de violencia contra la mujer, ya que esta suele provenir de personas privadas, usualmente de su entorno. De esta manera, si bien se mantiene el principio rector del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el sentido de que el mismo consagra únicamente obligaciones para los Estados, impone un deber a éstos en relación con los particulares, apartándose así de la lógica tradicional según la cual tales tipos de violencia serían de carácter privado. Se rompe, en consecuencia, con la histórica dicotomía público/privado para regular esta materia.

Siempre en los aspectos sustantivos del tratado, el artículo 9 se refiere a ciertas situaciones de especial vulnerabilidad de las mujeres, incorporando por primera vez un tratamiento al respecto en los instrumentos interamericanos de derechos humanos. En este sentido, la mencionada disposición hace referencia a la raza, la condición étnica, el carácter de migrante y el de refugiada o desplazada, cuando alguno de ellos es la razón por la que la mujer ha sido víctima de violencia. De igual manera se considera a la mujer embarazada, discapacitada, menor de edad, adulta mayor o si ella se encuentra “en situación económica desfavorable o afectada por situaciones de conflicto armado o de privación de libertad.”

Un caso paradigmático en la aplicación de este tratado lo constituye el de María da Penha vs. Brasil, en el cual la Comisión Interamericana estableció la responsabilidad de dicho Estado basándose en la Convención de Belém do Pará, ante la falta de investigación y sanción del perpetrador de la violencia (el cónyuge) y, en general, ante la ausencia de una reacción eficaz de parte del Estado brasileiro.⁴⁸¹ Esta resolución de la

⁴⁸¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 54/01, Caso 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes (Brasil), 16 de abril de 2001.

Comisión dio origen a una ley sobre esta materia en Brasil, conocida precisamente como “Ley María da Penha”, en honor de la víctima.

Cabe agregar que la redacción del art. 12 ha dado pie a algunos Estados para señalar que únicamente la Comisión –y no la Corte- poseería competencia para aplicar la Convención en casos contenciosos. Ello basados en que el tratado no menciona al tribunal interamericano salvo para lo que concierne a la posibilidad de solicitar que emita Opiniones Consultivas. Sin embargo, la Corte ha afirmado su competencia al respecto. Ello ocurrió en el Caso del Penal Miguel Castro Castro contra Perú. En la sentencia recaída en dicho caso, el tribunal interamericano estableció la existencia de una violación al art. 7 b) de la Convención de Belém do Pará, señalando al respecto:

“El Estado violó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en conexión con los artículos 7.b) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, y 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.”⁴⁸²

En su Voto Razonado en dicho fallo, el juez Sergio García Ramírez se explaya sobre el fundamento de la competencia de la Corte Interamericana para atribuir responsabilidades a un Estado a partir de la Convención de Belém do Pará. Al respecto, el magistrado se pregunta: “¿Tiene la Corte Interamericana atribuciones para formular la declaración relativa a esa afectación, que formaría parte de la porción declarativa de una sentencia, y para disponer, a partir de ahí, ciertas consecuencias derivadas del hecho ilícito declarado, que sería parte de la porción condenatoria de la sentencia?”⁴⁸³

Luego de hacer un recorrido por las diversas formas de asignación de jurisdicción a la Corte por los diferentes instrumentos del Sistema Interamericano

⁴⁸² Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, punto resolutive 6.6.

⁴⁸³ Ídem, Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez, párrafo 13.

(expresa y amplia en cuanto a los derechos cuya violación puede alegarse en la Convención Americana; expresa y restringida a ciertos derechos en el Protocolo de San Salvador; implícita en la Convención Interamericana Para Prevenir y Sancionar la Tortura –que establece en su artículo 8 que “una vez agotado el ordenamiento jurídico interno del respectivo Estado y los recursos que éste prevé, el caso podrá ser sometido a instancias internacionales cuya competencia haya sido aceptada por ese Estado”-, etc.), el Voto Razonado afirma – ya refiriéndose a la Convención de Belém do Pará- que su artículo 12, al atribuir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la competencia para conocer de denuncias por violación del artículo 7 del mismo instrumento, “abre la puerta para la presentación de peticiones individuales por este concepto, conforme a las disposiciones de la CADH y del Estatuto y el Reglamento de la Comisión”, añadiendo que “[e]s razonable --y consecuente con el sistema general de tutela de los derechos humanos-- entender que la aplicación de estos ordenamientos rige todos los extremos del procedimiento que se sigue ante la Comisión, que puede agotarse dentro de esta misma instancia o avanzar hacia una segunda etapa de la tutela internacional, que se desarrolla ante la Corte, cuando la Comisión así lo determina, atenta a las disposiciones de la CADH (artículos 51 y 61.1), de su Estatuto (artículo 23) y Reglamento (artículos 26 y siguientes, destacadamente el 44).”⁴⁸⁴

En su jurisprudencia sobre este instrumento, la Comisión Interamericana –cuya competencia es expresa al respecto- ha atribuido responsabilidades específicas a los Estados basada, al igual que la Corte, en el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará. Esto, debido a que el artículo 12 de dicho tratado dispone que “[c]ualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación del artículo 7 de la presente Convención por un Estado Parte, y la Comisión las considerará de acuerdo con las normas y requisitos de procedimiento para la presentación y consideración de peticiones estipulados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Estatuto y el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.” Cabe tener presente que en sus Informes de Admisibilidad de las denuncias

⁴⁸⁴ Ídem, párrafo 31. En este sentido, véanse también, Cecilia Medina, *The Inter-American Commission on Human Rights and Women, with Particular Reference to Violence*, cit., y Claudio Nash, *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Acción: aciertos y desafíos*, cit., p.241.

que luego se acumularían en el Caso “Campo Algodonero”, la CIDH hizo mención además de otras disposiciones de la Convención de Belém do Pará. Así, en un párrafo que se repite en los tres Informes de Admisibilidad que darían lugar al caso consolidado, la Comisión señala:

“Asimismo, la CIDH considera que los hechos expuestos caracterizarían posibles violaciones del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará. El análisis de los alegatos referentes a las presuntas violaciones de los artículos 8 y 9 de la Convención de Belém do Pará dependerán de la conclusión de la CIDH respecto al artículo 7 del citado instrumento en la etapa de fondo.”⁴⁸⁵

En definitiva, la Comisión, tras realizar un análisis del art. 7 determinó que – respecto de la Convención de Belém do Pará– sólo cabía atribuir responsabilidad al Estado en virtud de dicha disposición y, consecuentemente, en su demanda ante la Corte en el marco del caso acumulado (“Campo Algodonero”), la CIDH únicamente plantea la violación del art. 7, sobre la base del argumento desarrollado más arriba (a partir del art. 12 del tratado).

En la misma línea se pronunció la Corte Interamericana al conocer del mencionado caso “Campo Algodonero”, que constituye una decisión paradigmática del tribunal en materia de derechos humanos de la mujer.⁴⁸⁶ Por una parte, el Estado cuestionó la competencia de la Corte en relación con la Convención de Belém do Pará. Por otra, los peticionarios argumentaron que su competencia para establecer responsabilidades se extendía más allá del artículo 7 de dicho tratado. El tribunal señaló que posee competencia para la aplicación del mencionado instrumento, pero que sólo puede atribuir responsabilidades basadas en el art. 7.

⁴⁸⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N°16/05, Petición 281-02, Admisibilidad, Claudia Ivette González (México), 24 de febrero de 2005, párrafo 30; Informe N°17/05, Petición 282-02, Admisibilidad, Esmeralda Herera Monreal (México), 24 de febrero de 2005, párrafo 30; Informe N°18/05, Petición 283-02, Admisibilidad, Laura Berenice Ramos Monarres (México), 24 de febrero de 2005, párrafo 29.

⁴⁸⁶ Corte IDH, Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México, sentencia de 16 de noviembre de 2009.

Para fundamentar su competencia en la aplicación de la Convención de Belém do Para, la Corte recurrió a argumentos de interpretación literales, sistemáticos, teleológicos e históricos, señalando que de la formulación contenida en dicho tratado, en el sentido de que la Comisión considerará las peticiones respecto de su artículo 7 “de acuerdo con las normas y los requisitos de procedimiento para la presentación y consideración de peticiones estipulados en la Convención Americana [...] y en el Estatuto y el Reglamento de la Comisión”,

“habrá que concluir que la Comisión actuará en las peticiones sobre el artículo 7 de la Convención Bélem do Pará “de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de [la Convención Americana]”, como lo dispone el artículo 41 de la misma Convención. El artículo 51 de la Convención y el artículo 44 del Reglamento de la Comisión se refieren expresamente al sometimiento de casos ante la Corte cuando ocurre incumplimiento de las recomendaciones del informe de fondo al que se refiere el artículo 50 de la Convención Americana. Asimismo, el artículo 19.b del Estatuto de la Comisión establece que entre las atribuciones de la Comisión está la de “comparecer ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos previstos en la Convención”.⁴⁸⁷

En relación con los argumentos de los peticionarios respecto de que, además de poseer competencia para atribuir responsabilidades a un Estado sobre la base del art.7 la tiene en lo que se refiere a los artículos 8 y 9, el tribunal interamericano estableció que

“los criterios sistemáticos y teleológicos son insuficientes para superponerse a lo que indica claramente el tenor literal del artículo 12 de la Convención Belém do Pará, donde se señala que el sistema de peticiones se concentrará exclusivamente en la posible violación del artículo 7 de dicha Convención. Al respecto, la Corte resalta que a partir del principio de interpretación más favorable no se puede derivar un enunciado

⁴⁸⁷ Ídem, párrafo 40.

normativo inexistente, en este caso, la integración de los artículos 8 y 9 al tenor literal del artículo 12. Ello no obsta a que los diversos artículos de la Convención Belém do Pará sean utilizados para la interpretación de la misma y de otros instrumentos interamericanos pertinentes.”⁴⁸⁸

Todo lo anterior es sin perjuicio, claro está, de que otras disposiciones de la Convención de Belém do Pará hayan sido utilizadas por la Comisión y la Corte para ilustrar el sentido y alcance de otras regulaciones de instrumentos interamericanos, es decir, desempeñando una función interpretativa.

Por otra parte, ha sido objeto de críticas el mecanismo de implementación de la Convención de Belém do Pará. El tratado establece que los Estados Parte deben emitir informes a la Comisión Interamericana de Mujeres respecto de las medidas adoptadas en cumplimiento de la Convención. En 2004 se puso en marcha el Estatuto del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, ‘Convención de Belém do Pará’ (MESECVI), como vía para “analizar el progreso y las tendencias en el cumplimiento de los objetivos de la Convención y facilitar la cooperación entre los Estados Parte entre sí y con el conjunto de Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA).”⁴⁸⁹

Sin perjuicio de que ella permite la presentación de denuncias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y que se refiere también a ciertas competencias de la Comisión Interamericana de Mujeres, se ha planteado que “[e]s preocupante que mecanismos de seguimiento como el “MESECVI” de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), o el “Comité Interamericano para la Prevención, Eliminación y Sanción de Todas las Formas de Discriminación e Intolerancia” del proyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, dupliquen funciones del Sistema Interamericano, sin contar con la necesaria idoneidad, autonomía, independencia, o posibilidad de fiscalización efectiva de las acciones de los

⁴⁸⁸ Ídem, Párrafo 79.

⁴⁸⁹ AG/RES. 2451 (XXXIX-O/09), Mecanismo de seguimiento de la implementación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”, de 4 de junio de 2009.

Estados. Es clave que los Estados miembros de la OEA fortalezcan los órganos del SIDH en vez de desviar los ya escasos recursos en la creación de mecanismos de protección paralelos que resultan más débiles y menos independientes que los ya existentes.”⁴⁹⁰

4. LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD⁴⁹¹

Este tratado fue aprobado en la Asamblea General realizada en Ciudad de Guatemala en 1999. Su aprobación estuvo precedida de un debate entre los grupos dedicados a la protección de los derechos de las personas con discapacidad acerca de si el texto final resultaba o no apropiado y, por lo mismo, acaso merecía o no el apoyo no-gubernamental.

Por una parte, algunas ONGs sobre discapacidad de Canadá y Estados Unidos señalaron no hallarse conformes con el texto propuesto, puesto que el mismo establecía estándares de protección inferiores a los ya existentes en sus legislaciones internas así como en instrumentos de la ONU. Por otra parte, ONGs latinoamericanas sobre discapacidad sostuvieron que, no obstante las limitaciones que apreciaban en la Convención, ella representaba un paso adelante para la protección de las personas con discapacidad en la gran mayoría de los países del Continente, en los cuales la salvaguarda de los derechos de estas personas es sumamente débil cuando no virtualmente inexistente. También observaron que, a pesar de ser cierto que algunos instrumentos de la ONU establecen estándares más protectores que la Convención Interamericana, ninguno de esos ellos tiene el rango de un tratado.

Durante la Asamblea General en Guatemala se realizó una reunión paralela especialmente dedicada a este tema entre las ONGs dedicadas de manera general a derechos humanos y aquellas especializadas en los derechos humanos de las personas con discapacidad, de manera de afinar una estrategia conjunta, que consistió, en

⁴⁹⁰ CEJIL, *Aportes para la reflexión (...)*, pág.19 (se ha eliminado una nota a pie contenida en el texto original). Véase asimismo, CEJIL, *Evaluación del Estatuto del mecanismo de seguimiento de la implementación de la Convención de Belém do Pará*, 2005.

⁴⁹¹ Adoptada en Ciudad de Guatemala, Guatemala, el 6 de junio de 1999.

definitiva, en apoyar la adopción del tratado, por las razones expuestas por los grupos latinoamericanos a que antes hemos hecho mención.⁴⁹²

La Convención define en su Art. I.2.a) la discriminación contra las personas que viven con discapacidades como “toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales.”

En seguida (Art. I.2.b), el tratado reconoce la validez de las acciones afirmativas (conocidas habitualmente como medidas de “discriminación positiva”), indicando que “[n]o constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia. En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación.”

El alcance sustantivo de la Convención es limitado, especialmente debido a que introduce cláusulas de progresividad u otras que desempeñan una función análoga (“en la medida de lo posible”, “de manera prioritaria”) en casi todas sus disposiciones. Incluso se señala que se adoptarán “[m]edidas para eliminar progresivamente la discriminación”, en circunstancias de que conforme a los instrumentos de derechos humanos generales se trata de una obligación sin condicionantes.

En lo orgánico, la Convención sobre Discapacidad contempla la creación de un Comité en la materia. Se trata de un mecanismo de carácter muy distinto al de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, puesto que el Comité estará compuesto por expertos gubernamentales (uno designado por cada Estado). Además, la función del Comité será una sola y muy precisa: evaluar los Informes periódicos que

⁴⁹² Los antecedentes expuestos en los párrafos anteriores están basados en las notas tomadas por el autor de esta tesis durante la Asamblea General de la OEA de 1999.

deberán presentar los Estados sobre su cumplimiento del tratado y su trabajo en la materia.

La Convención sobre discapacidad entró en vigor en 2001 al reunirse las seis ratificaciones requeridas. Al año siguiente se llegó a las 11 ratificaciones, que, conforme a la Convención, es el momento a partir del cual se cuentan los 90 días para el inicio de operaciones del Comité. Sin embargo, el mismo sólo fue establecido cinco años más tarde, en 2006.⁴⁹³ Posteriormente se creó un Fondo Específico para financiar las actividades de dicho Comité⁴⁹⁴ y un Reglamento para el funcionamiento del referido Fondo.⁴⁹⁵

5. LA ENTRADA EN VIGOR DEL PROTOCOLO DE SAN SALVADOR SOBRE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Este Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al que antes hemos hecho mención, entró en vigor en 1999. Si bien son apenas un par las disposiciones del Protocolo que permiten llevar adelante el litigio de casos, ello ha venido ocurriendo de manera incipiente. Además, la Comisión Interamericana emplea en la actualidad de manera habitual el Protocolo para elaborar Informes sobre países o temáticos que se refieran en todo o parte a los derechos regulados en dicho instrumento y el mismo ha sido para ilustrar la interpretación de otros instrumentos del Sistema Interamericano.

Los alcances sustantivos y procesales del Protocolo de San Salvador serán revisados en el capítulo sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

6. ADOPCIÓN DEL PROTOCOLO SOBRE ABOLICIÓN DE LA PENA DE MUERTE

En las últimas décadas, y junto con el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se han hecho notables esfuerzos a nivel internacional por la abolición

⁴⁹³ Por medio de AG/RES.2167 (XXXVI-O/06), de 6 de junio de 2006.

⁴⁹⁴ Mediante Resolución AG/RES.2263 (XXXVII-O/07), de 5 de junio de 2007.

⁴⁹⁵ CP/RES.947 1683/09, de 18 de marzo de 2009.

de la pena de muerte. Estos esfuerzos, sin embargo, han tenido un éxito sólo parcial, ya que si bien se ha impuesto la tendencia de reducir progresivamente el rango de aplicación de dicha pena, no se la ha eliminado por completo ni en el nivel internacional ni en las legislaciones internas de un buen número de países. No obstante, una significativa cantidad de estados han procedido a abolirla. La adopción de un Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos sobre esta materia se inscribe en esta dirección.⁴⁹⁶

En el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, han existido iniciativas concretas por la abolición de la pena de muerte. En el instrumento original del Sistema Interamericano, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, sólo se consagraba el derecho a la vida de manera general, sin una mención explícita del problema de la pena de muerte. Ello, sin perjuicio de que, como señalaremos más adelante a propósito de la jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se hayan buscado ciertas referencias a la pena de muerte en la Declaración por vía interpretativa.

Fue durante la elaboración de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la década de 1960 que un grupo de estados se planteó la necesidad de abolir la pena de muerte a nivel continental. Finalmente dichos países no alcanzaron su objetivo, sin perjuicio de que dejaron su sello en disposiciones de carácter restrictivo en esta materia en la referida Convención. De hecho, el grupo de países constituía la mayoría de las delegaciones presentes. La propuesta de abolición absoluta no alcanzó la mayoría reglamentaria de votos afirmativos, pero no obtuvo ningún voto en contra.⁴⁹⁷ Catorce de las diecinueve delegaciones que participaban de la Conferencia dedicada a la elaboración de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dejaron constancia de su propósito de erradicar la pena de muerte del Continente, lo que, al no lograrse en la mencionada Convención, se ha pretendido obtener posteriormente a través de la suscripción del Protocolo mencionado.

⁴⁹⁶ Adoptado en Asunción, Paraguay, el 8 de junio de 1990.

⁴⁹⁷ Véase Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de Noviembre 1969, Actas y Documentos, OEA/Ser.K/XVI/1.2, Washington, D.C., 1973.

Los países que suscribieron una declaración dejando dicha constancia fueron Argentina, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. La declaración señalaba textualmente:

"Las Delegaciones abajo firmantes, participantes de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, recogiendo el sentimiento ampliamente mayoritario expresado en el curso de los debates sobre la pena de muerte, concorde con las más puras tradiciones humanistas de nuestros pueblos, declaramos solemnemente nuestra firme aspiración de ver desde ahora erradicada del ámbito americano la aplicación de la pena de muerte y nuestro indeclinable propósito de realizar todos los esfuerzos posibles para que, a corto plazo, pueda suscribirse un Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos -Pacto de San José, Costa Rica- que consagre la definitiva abolición de la pena de muerte y coloque de una vez a América en la vanguardia de la defensa de los derechos fundamentales del hombre."⁴⁹⁸

La Convención Americana sobre Derechos Humanos reitera en su Art.4.2 algunos elementos sobre la pena de muerte contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Así, dispone que "[e]n los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad al delito." Más adelante (Art.4.5), se prohíbe su aplicación a menores de 18 años al momento de cometer el delito o a mujeres embarazadas. Por su parte, el Art.4.6 consagra el derecho a pedir una amnistía, indulto o conmutación de esta pena, la cual no podrá ser ejecutada en tanto la decisión se halle pendiente.

Pero la Convención Americana contiene además disposiciones que se refieren a otros aspectos relativos a la pena de muerte, no regulados expresamente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Un primer elemento adicional, clave en el sentido de tender hacia una progresiva abolición de esta pena, es la prohibición de

⁴⁹⁸ Id., p.467.

reimplantarla en aquellos estados donde haya sido abolida (Art.4.3). Un segundo elemento, también de suma importancia, es la prohibición de extender esta pena a delitos a los cuales no se la aplique actualmente (Art.4.2 parte final). Lo propio cabe decir de la prohibición establecida en el Art.4.4, que se refiere a los delitos políticos y a los delitos comunes conexos con los políticos: en estos casos no se puede aplicar la pena de muerte. El fundamento de esta disposición es que estas clases de delitos suelen envolver factores cambiantes y elementos de arbitrariedad. Así, la tipificación de estas clases es con frecuencia vaga e imprecisa y las penas atribuidas a ellos son variables según las circunstancias. Por último, la Convención Americana establece como elemento adicional al Pacto el que no se aplicará esta pena a aquellos que tuvieran más de 70 años de edad al momento de cometer el delito.

En su Opinión Consultiva sobre restricciones a la pena de muerte⁴⁹⁹, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reafirmado su carácter de excepcional en el Sistema Interamericano, así como la tendencia hacia su abolición. En materia de pena de muerte, señala el tribunal, "la Convención expresa una clara nota de progresividad, consistente en que, sin llegar a decidir la abolición de la pena de muerte, adopta las previsiones requeridas para limitar definitivamente su aplicación y su ámbito, de modo que éste se vaya reduciendo hasta su supresión final."⁵⁰⁰ No se trata solamente de que se planteen limitaciones a la pena de muerte y de hacerla excepcional, sino de imponerle un límite definitivo a su uso. En palabras de la Corte, "En el primer caso, si bien la Convención no llega a la supresión de la pena de muerte, sí prohíbe que se extienda su uso y que se imponga respecto a delitos para los cuales no estaba prevista anteriormente. Se impide así cualquier expansión en la lista de crímenes castigados con esa pena. En el segundo caso, prohíbe de modo absoluto el restablecimiento de la pena capital para todo tipo de delito, de tal manera que la decisión de un Estado Parte en la Convención, cualquiera sea el tiempo en que la haya adoptado, en el sentido de abolir la pena de muerte se convierte, **ipso iure**, en una resolución definitiva e irrevocable."⁵⁰¹

⁴⁹⁹ Corte IDH, Restricciones a la pena de muerte (arts.4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983.

⁵⁰⁰ Id., p.25.

⁵⁰¹ Ibídem.

Al resolver el fondo de las cuestiones planteadas en la Consulta en comento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue clara en que debía imperar un criterio restrictivo respecto de la aplicación y ámbito de la pena de muerte. Se trataba de determinar el problema de la extensión de dicha pena a delitos para los que no se hallaba prevista anteriormente. Guatemala había formulado una reserva al Art.4.4, por lo cual la pena capital seguía rigiendo para delitos políticos y delitos comunes conexos con los políticos. Guatemala pretendió entonces ampliar la pena de muerte a delitos políticos y comunes conexos para los cuales no se hallaba prevista. La Corte, utilizando un criterio restrictivo resolvió que no existiendo una reserva al Art.4.2 de la Convención relativo a la extensión de la pena de muerte a otros delitos, la sola reserva del Art.4.4 era insuficiente para hacerlo, aun en el caso de que se tratase de delitos políticos o delitos comunes conexos con los políticos. Como ocurre en general con las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana, ésta se refería no sólo al caso específico de Guatemala sino a toda reserva análoga a la formulada.⁵⁰²

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, ha sostenido que "los Estados miembros de la OEA reconocen una norma de jus cogens que prohíbe la ejecución de menores de edad." Esto lo sostuvo la CIDH en el contexto de ejecuciones llevadas a cabo en Estados Unidos, país que no ha ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la que, como hemos señalado, prohíbe la ejecución de menores de 18 años en forma expresa. La Comisión, al interpretar la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre –en la cual basa sus decisiones sobre Estados Unidos–, consideró que dicha prohibición debía entenderse incluida en el derecho a la vida

⁵⁰² En 1994, la Corte Interamericana emitió otra Opinión Consultiva, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a propósito de la ampliación de los casos de aplicación de la pena de muerte en la nueva Constitución del Perú (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts.1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos). La Corte, sin embargo, no se pronunció específicamente sobre la pena de muerte, sino que concluyó de manera general lo siguiente:

- "1. Que la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención, constituye una violación de ésta y, en el caso de que esa violación afecte derecho y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado.
- "2. Que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención, genera responsabilidad internacional para tal estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya per se un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que ejecutaron el acto."

consagrado por la Declaración. El caso en cuestión ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos era el de James Terry Roach y Jay Pikerton.⁵⁰³ La CIDH consideró que la controversia en el caso en análisis "surge no porque haya duda de la existencia de una norma internacional sobre la imposición de la pena de muerte para niños menores de edad, sino porque los Estados Unidos disputan el alegato de que existe un consenso sobre la mayoría de edad." La diversidad en la práctica de los Estados de la Unión en materia de pena de muerte -desde estados en que ella se halla abolida hasta otros que la hacen aplicable a niños de 10 años de edad-, llevó a la Comisión a calificarla como una legislación arbitraria que afecta los derechos a la vida y a la igualdad ante la ley.

El Protocolo Adicional en la materia establece que los Estados partes del mismo "no aplicarán en su territorio la pena de muerte a ninguna persona sometida a su jurisdicción."⁵⁰⁴ El mencionado instrumento también prohíbe la formulación de reservas por parte de los Estados, con la sola excepción de la que se refiera a "aplicar la pena de muerte en tiempo de guerra conforme al derecho internacional por delitos sumamente graves de carácter militar."⁵⁰⁵

El Protocolo entró en vigor, para los Estados que lo han ratificado, en cuanto fue ratificado por el respectivo Estado.

⁵⁰³ Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N°3/87, Caso N° 9647 (Estados Unidos). James Terry Roach y Jay Pikerton fueron condenados (y posteriormente ejecutados) por delitos cometidos a los 17 años de edad, siendo juzgados por tribunales de adultos. La Comisión se explaya en este caso sobre el concepto de jus cogens y su alcance, indicando que "[l]as normas de jus cogens han sido descritas como las que abarcan el 'orden público internacional'. Aquellas son 'las reglas que han sido aceptadas, o bien explícitamente en un tratado o tácitamente por costumbre, como necesarias para proteger el interés público de la sociedad de naciones o para mantener los niveles de moralidad pública reconocidas por ellos'" (Sir Ian Sinclair, según aparece citado en este caso por la Comisión). Además, destaca la Comisión que la característica principal de las normas de jus cogens es su relativa inderogabilidad. La Comisión se remite a dos resoluciones de la Corte Internacional de Justicia en que se ha empleado este concepto a pesar de no haberse hecho de manera explícita: la primera es la Opinión Consultiva sobre las Reservas a la Convención sobre el Genocidio, en que la Corte Internacional de Justicia estableció que "(...) que los principios fundamentales de la Convención son principios que son reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorias para los Estados, aún sin la obligación expresa dentro de una convención." La segunda resolución de la Corte Internacional de Justicia a que se hace referencia es la recaída en el caso Barcelona Traction, en el que se menciona las obligaciones internacionales erga omnes, es decir, contraídas por un estado ante el conjunto de la comunidad internacional (Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd., C.I.J., Informes (1970), p.32).

⁵⁰⁴ Artículo 1 del Protocolo.

⁵⁰⁵ Artículo 2.1 del Protocolo.

7. PREPARACIÓN DE UNA DECLARACIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

En lo que concierne a los instrumentos en preparación en el Sistema Interamericano, cabe referirse, en primer lugar, al relativo a los pueblos indígenas, cuya tramitación se ha dilatado enormemente. Una resolución de la Comisión de 1972 constituye el punto de partida del interés mostrado por dicho órgano sobre esta materia. En dicha resolución la CIDH establecía que “por razones históricas y debido a principios morales y humanitarios, la protección a los pueblos indígenas constituye un compromiso sagrado de los Estados.”⁵⁰⁶ También desde la década de los setenta puede apreciarse el desarrollo de la tramitación de casos específicos sobre pueblos indígenas en la Comisión⁵⁰⁷. Otra iniciativa relevante de esa época fue, como ya hemos señalado, el Informe de la CIDH sobre la situación de los Miskitos.

En cuanto a los Informes sobre Países de la CIDH, estos comienzan a incorporar de manera sistemática los derechos indígenas a partir de los noventa, sin perjuicio de que en algunos Informes anteriores también se hiciera referencia a ellos. Además, también en los noventa, la Comisión creó una Relatoría sobre el tema y elaboró un Informe general al respecto.⁵⁰⁸ En la Corte Interamericana, sin perjuicio de haber conocido de dos casos contenciosos respecto de Surinam a comienzos de los noventa, la jurisprudencia en materia de derechos indígenas se ha desarrollado y consolidado fuertemente en la primera década del siglo XXI, especialmente a partir del caso *Awas Tingni*.⁵⁰⁹

Respecto del proceso de elaboración de la Declaración en la materia, en 1989 la CIDH obtuvo que la Asamblea General le encomendara la preparación de un borrador de instrumento.⁵¹⁰ El propósito original de la Comisión era tener concluido todo el proceso de elaboración en 1992, en la conmemoración del aniversario número 500 de la

⁵⁰⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución sobre la protección especial para los pueblos indígenas, 28 de diciembre de 1972, OEA/Ser.P, AG/doc. 305/73, rev. 1 (1973), pp. 90-91.

⁵⁰⁷ Consúltese, S. James Anaya, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Editorial Trotta - Universidad Internacional de Andalucía, Madrid, 2005, pp. 343 ss.

⁵⁰⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*, 20 de octubre 2000.

⁵⁰⁹ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua; Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 31 de agosto de 2001.

⁵¹⁰ Asamblea General de la OEA, Resolución 1022(XIX-89).

llegada de Colón a América. Aunque inicialmente el propósito era elaborar un Proyecto de Tratado, tras una serie de reuniones con organizaciones indígenas, la CIDH percibió que las complejidades envueltas eran mucho mayores que las previstas, por lo que consideró más práctico preparar un Proyecto de Declaración en vez de un tratado. El plazo tenido en miras originalmente tampoco fue cumplido y la Comisión entregó su Proyecto en 1997,⁵¹¹ después de realizar numerosas consultas con los estados, organizaciones indígenas y otros (incluso la Comisión había hecho circular entre todos ellos un borrador previo, recogiendo comentarios para su borrador definitivo). Luego de ello, el Consejo Permanente de la OEA creó en su interior un Grupo de Trabajo para dar seguimiento a la preparación de la Declaración.⁵¹²

A pesar de sucesivos pronósticos de que la elaboración de este instrumento concluiría hacia fines de la década de los noventa, ella misma ha continuado dilatándose hasta la fecha y, lo que es peor, ha ido surgiendo una serie de aspectos sobre los que no se ha podido alcanzar acuerdo que amenazan con prolongar indefinidamente la adopción del texto.⁵¹³

8. PREPARACIÓN DE UNA CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA EL RACISMO Y TODA FORMA DE DISCRIMINACIÓN E INTOLERANCIA

El otro instrumento de derechos humanos que se encuentra en preparación en el Sistema Interamericano es un tratado contra el racismo. Históricamente el trabajo de la OEA en general y el del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en particular ha sido muy escaso en la materia. Si bien los instrumentos generales sobre derechos humanos del Sistema Interamericano consagran el principio de no discriminación, esta

⁵¹¹ Véase, Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 26 de febrero de 1997; en: CIDH, Informe Anual 1996.

⁵¹² Mediante Resolución 1610 (XXIX-0/99) de la Asamblea General.

⁵¹³ Para una descripción de la evolución del Sistema Interamericano en materia de derechos de los pueblos indígenas, véase Hurst Hannum, *The Protection of Indigenous Rights in the Inter-American System*, en: David Harris y Stephen Livingstone (eds.), *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford University Press, Nueva York, 1998, pp. 323-343; Jo M. Pasqualucci, *The Inter-American Human Rights System, Establishing Precedents and Procedure in Human Rights Law*, en: *Inter-American Law Review*, Vol. 26:2, 1994-1995, pp. 297-361, en especial 329-335; Ariel Dulitzky, *Los Pueblos Indígenas: Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, en: *Revista IIDH* N°26 (1997), pp.137 ss.; S. James Anaya, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional* (cit.), especialmente pp.115-116, 315-320 y 343-371.

cláusula ha tenido poca operatividad. Así, tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuanto otros instrumentos interamericanos, tales como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (“Protocolo de San Salvador”), entre otros, consagran dicho principio, lo cual no es de extrañar, puesto que un factor central para el surgimiento del Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos fue precisamente la necesidad de eliminar la discriminación, que, en el contexto de la Segunda Guerra Mundial, había conducido a la comisión de crímenes contra la humanidad. En cambio, las menciones específicas a la discriminación racial son muy escasas y genéricas en los instrumentos interamericanos.

A nivel de los órganos políticos de la OEA las iniciativas en esta materia han sido aisladas y referidas fundamentalmente a la discriminación contra pueblos indígenas. Recién en la última década este trabajo ha venido a extenderse, aunque de manera todavía incipiente, a la discriminación contra la población afrodescendiente. En este sentido, resalta el hecho de que, con la Conferencia Regional Preparatoria sobre Racismo *ad portas*, la Asamblea General de la OEA de 2000 le encargó al Consejo Permanente el estudiar la necesidad de preparar una Convención Interamericana Contra la Discriminación Racial.⁵¹⁴ La consideración por la Asamblea al respecto continuó en los años 2001⁵¹⁵, 2002⁵¹⁶, 2003⁵¹⁷ y 2004⁵¹⁸, hasta desembocar en 2005 en la creación de un Grupo de Trabajo encargado de su elaboración,⁵¹⁹ el cual se encuentra en funciones actualmente.

En cuanto al trabajo de los órganos interamericanos de derechos humanos, los problemas de discriminación racial referidos a poblaciones afrodescendientes han tenido muy escasa presencia. Recién en la última década la Comisión Interamericana ha comenzado a incluir este tema en sus Informes sobre países, aunque ello no siempre ha ocurrido en todos aquellos que poseen una masa crítica de tales poblaciones. Así, ha

⁵¹⁴ AG/Res. 1712 (XXX-O/00), 5 de junio de 2000.

⁵¹⁵ AG/Res. 1774 (XXXI-O/01), 5 de junio de 2001.

⁵¹⁶ AG/Res. 1905 (XXXII-O/02), 4 de junio de 2002.

⁵¹⁷ AG/Res. 1930 (XXXIII-O/03), 10 de junio de 2003.

⁵¹⁸ AG/Res. 2038 (XXXIV-O/04), de 8 de junio de 2004.

⁵¹⁹ AG/Res. 2126 (XXXV-O/05), de 7 de junio de 2005.

dedicado un tratamiento especial, por ejemplo, a las poblaciones afrodescendientes en su Informe sobre Brasil de 1997 y en sus Informes sobre Colombia y República Dominicana, ambos en 1999; en cambio, el Informe de la Comisión sobre Perú de 2000 no contiene un capítulo sobre esta materia, pesar de ser un Estado que posee tal masa crítica. En todo caso, en los últimos años la CIDH sí ha venido refiriéndose habitualmente a dicho colectivo en sus informes sobre aquellos países que poseen una masa crítica de ellos.

En lo que se refiere a Informes temáticos, la Comisión no ha publicado ninguno sobre poblaciones afrodescendientes. Esto contrasta con el hecho de que dicho órgano ha efectuado publicaciones temáticas sobre la situación de las mujeres, de los pueblos indígenas y de otros colectivos vulnerables. Paralelamente, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos hasta la creación de una Relatoría sobre Afrodescendientes por la CIDH en 2005, no existían mecanismos u órganos cuya tarea específica fuera lidiar con los problemas de discriminación racial en la región.

En lo referido a casos específicos resueltos por la Comisión, son muy pocos los concernientes a racismo contra personas afrodescendientes en particular. De hecho, la gran mayoría de estos últimos se refieren a personas de ese colectivo condenadas a pena de muerte en Estados Unidos y en países del Caribe angloparlante.

Aparte del tema de la pena de muerte, el caso más emblemático del Sistema Interamericano de Derechos Humanos respecto de afrodescendientes es el de las niñas Yean y Bosico contra República Dominicana, el cual llegó hasta la Corte y fue decidido por esta en 2005.⁵²⁰ Se trataba de dos personas afrodescendientes nacidas en dicho país y de ascendencia haitiana a las cuales se les negaba la nacionalidad dominicana y que corrían el riesgo de ser expulsadas del país. A favor de estas niñas la Comisión también acogió en su momento un pedido de medidas cautelares para impedir su expulsión. La Corte declaró violados sus derechos a la nacionalidad, a la igualdad ante la ley, al nombre, al reconocimiento de su personalidad jurídica y a la integridad personal y señaló, entre otras cosas, que “[e]l Estado debe adoptar en su derecho interno, dentro de un plazo razonable, de acuerdo con el artículo 2 de la Convención Americana, las medidas

⁵²⁰ Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 8 de septiembre de 2005.

legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para regular el procedimiento y los requisitos conducentes a adquirir la nacionalidad dominicana, mediante la declaración tardía de nacimiento. Dicho procedimiento debe ser sencillo, accesible y razonable, en consideración de que, de otra forma, los solicitantes pudieran quedar en condición de ser apátridas.”⁵²¹

La necesidad de llevar adelante o no la elaboración del tratado en referencia no ha estado exenta de discusión. Canadá y Estados Unidos han sido los dos países que se han opuesto con mayor vigor, aunque, en definitiva, se decidió por mayoría crear un Grupo de Trabajo para tal efecto. A favor de la tesis de adoptar dicho instrumento, cabe señalar que, como antes se apuntara, la OEA adoptó en la década pasada tratados sobre los temas de violencia contra la mujer y discapacidad. En relación con estas materias no se discute que ellas se encontraban reguladas desde ya por los tratados de derechos humanos de carácter general, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sea que haya o no mención expresa a ellas, lo cierto es que no puede sino considerárselas incluidas en el tratamiento dado en esos textos generales. En este sentido, el objetivo primordial perseguido con la adopción de las convenciones sobre violencia contra la mujer y sobre discapacidad fue precisamente el de dotar de mayor visibilidad a estos problemas. Los procesos mismos de preparación de estos tratados y su suscripción y ratificación por parte de los Estados de la OEA han contribuido a posicionar dichos temas en la agenda de la Organización, así como en los países que la componen. En materia de violencia contra la mujer y de discapacidad, su mayor perfilamiento ha traído consigo, por ejemplo, un aumento del volumen de casos que lleva adelante en estas materias la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Atendido el hecho de que en la actualidad la Comisión exige en casi todos los casos el cumplimiento de la regla del agotamiento previo de los recursos internos, quiere decir que esto es también reflejo de un incremento de la actividad de litigio judicial en estas materias a nivel interno de los Estados.

Si se contrasta esta situación con lo que ocurre en materia de discriminación racial contra afrodescendientes, la diferencia resulta evidente. El volumen de casos de la Comisión al respecto es muy bajo y el litigio judicial a nivel interno es muy reducido.

⁵²¹ Ídem, párrafo 260.8.

Una mayor visibilidad debiera contribuir a fortalecer además el debate y la reforma legislativa a nivel interno. El hecho de tener un tratado dedicado de manera específica a una materia dota a los sectores interesados en avanzar al respecto de una herramienta importante para promover cambios en el derecho interno.

También es relevante considerar el impacto que un tratado específico puede tener para el desarrollo de la jurisprudencia, a nivel interno e internacional. Si bien es cierto que, como antes se ha señalado, de los instrumentos de derechos humanos de carácter general pueden inferirse interpretaciones que favorezcan la lucha contra la discriminación racial, no lo es menos que usualmente los órganos a cargo de dicha interpretación desarrollarán una jurisprudencia más protectora de algún derecho o derechos en el contexto de un tratado cuyo objetivo sea específicamente fortalecer dicha protección. Este argumento es aun más válido en lo que concierne a la jurisprudencia interna, puesto que los jueces locales usualmente recurren a los estándares internacionales recién cuando su aplicación ya resulta evidente en la cultura jurídica interna y difícilmente se aventuran en interpretaciones innovadoras de los tratados generales de derechos humanos. En consecuencia, de adoptarse un instrumento interamericano específico sobre discriminación racial, será más probable que los jueces internos asuman un papel más activo y protector al interpretar cláusulas relativas a este tema.⁵²²

Otro aspecto se refiere a la importancia de establecer nuevos mecanismos de protección en la materia. Me refiero tanto a mecanismos de carácter internacional, cuanto a establecer la obligación de que los Estados en su legislación interna den origen a nuevos y más eficientes mecanismos. Si bien no todas las últimas convenciones sobre temas específicos adoptadas por la OEA han instituido mecanismos internacionales específicos para lidiar con la materia respectiva, en todos ellos a lo menos se contemplan algunas instituciones y mecanismos a ser establecidos a nivel del derecho interno, lo cual es de suyo un avance.

⁵²² Cabe añadir sobre este punto que si bien muchos Estados del Continente Americano son partes de la Convención Para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de la ONU, la visibilidad e impacto que respecto de la mayoría de dichos Estados posee en la actualidad el Sistema de la ONU es considerablemente menor que la del Sistema Interamericano, por lo que un desarrollo específico en el marco de este último constituiría un paso adicional significativo.

La experiencia demuestra que en el desarrollo del Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos, la existencia de instrumentos sobre temáticas específicas ha jugado un papel potenciador de la preocupación internacional sobre determinadas materias.⁵²³ Si bien las Declaraciones y Tratados Internacionales generales sobre derechos humanos – tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a nivel de Naciones Unidas, así como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos a nivel de la Organización de Estados Americanos – ya contenían parámetros para confrontar violaciones a tales derechos como la discriminación de género, el racismo y otros abusos específicos, lo cierto es que el trabajo en estas áreas se ha visto significativamente fortalecido en la medida en que se han elaborado instrumentos internacionales específicos, que desarrollan dichos parámetros y, a menudo, establecen órganos para la supervisión internacional de su acatamiento por parte de los Estados. Una Convención Interamericana sobre la materia serviría para impulsar y retroalimentar las iniciativas a nivel interno de los países. En muchos de ellos se encuentra en tal grado de postergación el problema de las prácticas de racismo contra las poblaciones afrodescendientes que resulta extremadamente difícil que se pueda modificar la situación sin un acompañamiento regular de parte de órganos internacionales de derechos humanos y un desarrollo y mayor precisión de los estándares en el tema.

A los aspectos anteriores cabe añadir que si bien la iniciativa de promover la elaboración del mencionado instrumento surgió inicialmente a propósito de la población afrodescendiente, con el tiempo otros colectivos afectados en la materia han venido haciendo valer sus puntos de vista, de manera que el tratado recoja también sus situaciones específicas. En este sentido, diversos grupos han realizado presentaciones

⁵²³ Como observara el juez García Ramírez, refiriéndose a la Convención de Belém de Pará., pero empleando un argumento que por extensión se puede aplicar al Proyecto de Convención contra el Racismo, “no ha bastado con las declaraciones y los pactos en los que se enuncian y garantizan los derechos y las libertades de los seres humanos en general, a veces acogidos como “derechos del hombre” --la más antigua denominación-- y actualmente, con la mayor frecuencia, como “derechos humanos o fundamentales”. Si bastara con aquellos, en tanto aluden a derechos que todos compartimos bajo la condición de seres humanos, y si fuese suficiente la proclamación de la igualdad y la no discriminación, que poseen carácter universal, no sería necesario contar con ciertos instrumentos de alcance más específico, referentes a derechos y libertades de esos grandes sectores de la población.” Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Voto Razonado Juez Sergio García Ramírez, párrafo 2.

ante el Grupo de Trabajo establecido para la preparación de la Convención.⁵²⁴ Sin embargo, aún no es claro acaso en definitiva la situación de otros colectivos víctimas de intolerancia o xenofobia será regulada por la Convención propiamente tal o si ella será objeto de Protocolos adicionales al tratado.

⁵²⁴ Véase, por ejemplo, Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, Grupo de Trabajo Encargado de Elaborar un Proyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, Informe de la Relatora de la Sesión Especial de Reflexión y Análisis sobre la Naturaleza de una Futura Convención Interamericana contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, OEA/Ser.G/CAJP/GT/RDI/16-05, 5 de diciembre de 2005. Otras iniciativas aparecen descritas en Carlos Quesada, La Convención Interamericana contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia: un oportunidad de aporte para la sociedad civil; en: *Revista CEJIL* N°2, septiembre de 2006, pp.136-142.

CAPÍTULO IX: EL SISTEMA INTERAMERICANO FRENTE A LAS VIOLACIONES GRAVES, MASIVAS Y SISTEMÁTICAS

1. INTRODUCCIÓN

El tránsito desde regímenes dictatoriales a sistemas democráticos y el fin de las guerras civiles en una serie de países ha puesto a muchos países latinoamericanos frente a nuevos dilemas. Uno de los más importantes es el de qué corresponde hacer respecto a las violaciones graves –cometidas de manera sistemática y a gran escala- por los gobiernos que les precedieron. Nos referimos a violaciones tales como el genocidio, las desapariciones forzadas, las ejecuciones extrajudiciales y la tortura.

Lo nuevo de este dilema en América Latina deriva del hecho de que si bien históricamente ha habido numerosas dictaduras en esa región, ellas usualmente no cometieron abusos de la magnitud y naturaleza de los de décadas recientes, ni tampoco vivieron anteriormente procesos simultáneos de transiciones a la democracia.

Respecto de la naturaleza de los abusos, cabe tener en especial consideración la práctica masiva de desapariciones forzadas, cuyo objetivo es el de dejar en la impunidad tales crímenes. Con anterioridad a lo ocurrido en América Latina, sólo bajo el régimen nazi en Alemania se habían llevado a cabo desapariciones forzadas de personas a gran escala. Un índice elocuente al respecto lo constituyen las denuncias interpuestas ante el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas de la ONU: en el período 1974-1992, y sólo en lo que se refiere a los países latinoamericanos, hubo más de 50.000 de ellas presentadas respecto de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras y Perú.⁵²⁵ Además, en Latinoamérica se estableció una coordinación internacional entre las policías políticas de una serie de Estados para la comisión de las desapariciones y de otras violaciones, en especial a través de la denominada “Operación Cóndor.”⁵²⁶

⁵²⁵ Véase, Reed Brody y Felipe González, *Nunca Más: An Analysis of International Instruments on Forced Disappearances*; en: *Human Rights Quarterly* Vol.19, pp.365-405, 1997, especialmente pp.365-366.

⁵²⁶ Volveremos sobre este aspecto a propósito de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Agustín Goiburú y Otros con Paraguay, que se analiza en este mismo capítulo.

A los factores anteriores cabe añadir que este proceso de confrontación de los abusos del pasado se ha producido en un contexto en el cual la Guerra Fría se debilitaba y luego quedaba atrás, lo cual también favorecía iniciativas de esta naturaleza. También debe ser tenido en cuenta que en algunos países latinoamericanos –como en Argentina y Chile– las víctimas y sus familiares habían alcanzado un grado de organización y presencia pública muy significativos, que los ponía en un lugar relevante como grupos de presión en la materia. Las decenas de miles de exiliados de esos y otros países latinoamericanos también desempeñaron un papel relevante, al sensibilizar a la opinión pública internacional acerca de la magnitud de las violaciones y de la necesidad de darles respuesta.

De hecho, se trata de una materia de preocupación para muchos gobiernos democráticos actuales, así como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto ha generado también un interesante debate, en el que se ha discutido la relación de esta materia con el surgimiento de un sistema democrático, el papel de los jueces, y el alcance de los derechos fundamentales, entre varios otros aspectos: en este capítulo revisaremos los más importantes de ellos. La Comisión Interamericana, como hemos visto en la primera parte de este trabajo, había monitoreado la práctica de violaciones masivas desde que ella fue creada, especialmente a través de sus Informes sobre Países; lo nuevo del problema radicaba en lo que la propia Comisión y la Corte harían respecto de las normas de amnistía promulgadas a nivel interno por una serie de Estados democráticos precisamente en relación con tales abusos.

2. LOS PRIMEROS PRONUNCIAMIENTOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO

En la década de los ochenta del siglo pasado, antes de que se produjera el proceso masivo de transiciones a la democracia en Latinoamérica, es decir, mientras subsistía una serie de dictaduras y tenían lugar varias guerras civiles, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitió algunos pronunciamientos acerca de las normas de amnistía que pretendían dejar sin sanción violaciones graves a los derechos humanos. La Comisión adoptó un enfoque que conducía a una conclusión distinta según el tipo de régimen político que promulgara la amnistía.

Así, en los casos en que se trataba de autoamnistías que se otorgaban regímenes autoritarios, la Comisión consideró contrarias al Derecho Internacional dichas normas, por corresponder a situaciones en las cuales los propios perpetradores de los abusos intentaban dejar estos en la impunidad, señalando que “no pueden tener validez jurídica las amnistías decretadas (...) por los propios responsables de las violaciones.”⁵²⁷

En cambio, la Comisión emitió un pronunciamiento diferente -y de carácter general, no a prepósito de un Estado o de un caso específico- respecto de normas de amnistía (o sus equivalentes) adoptadas por regímenes democráticos que hubieran reemplazado a las antiguas dictaduras. La Comisión reconoció a este respecto que los gobiernos democráticos poseían una legítima discreción para decidir al respecto, en el entendido de que lo hacían para pacificar el país o garantizar la estabilidad de la naciente democracia. De este modo, al promediar la década de los ochenta, dicho organismo señalaba:

“Un difícil problema que han debido afrontar las recientes democracias es el de la investigación de las anteriores violaciones de derechos humanos y el de la eventual sanción a los responsables de tales violaciones. La Comisión reconoce que ésta es una materia sensible y extremadamente delicada, en la cual poco es el aporte que ella –así como cualquier otro órgano internacional– puede efectuar. Se trata, por lo tanto, de un asunto cuya respuesta debe emanar de los propios sectores nacionales afectados y donde la urgencia de una reconciliación nacional y de una pacificación social deben armonizarse con las ineludibles exigencias del conocimiento de la verdad y la justicia.”

Y añadía la CIDH que:

“los órganos democráticos apropiados –usualmente el Parlamento– tras un debate con la participación de todos los sectores representativos, son los

⁵²⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 1985-86, página 205.

únicos llamados a determinar la procedencia de una amnistía o la extensión de ésta”⁵²⁸

Sin embargo, hacia fines de los ochenta, en dos casos que no se referían a amnistías pero sí a violaciones graves a los derechos humanos (se trataba de desapariciones forzadas de personas), los de Manfredo Velázquez Rodríguez y Saúl Godínez Cruz – ambos contra Honduras)-,⁵²⁹ fue la Corte Interamericana de Derechos Humanos la que se refirió a los alcances de las obligaciones de los estados de respetar y garantizar tales derechos. Esto serviría de base para la evolución posterior de la jurisprudencia del Sistema Interamericano en relación con las amnistías.

En estos casos, la Corte Interamericana sostuvo que el fundamento de la obligación de respetar los derechos humanos se encuentra en la noción de que “[e]l ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, son superiores al poder del Estado.”⁵³⁰

Además, al interpretar la obligación de garantizar el ejercicio de los derechos humanos, la Corte enfatizó el rol activo (obligaciones positivas) que se exige al Estado en esta materia, incluso en situaciones en que sean derechos civiles y políticos los afectados. El tribunal también se refirió explícitamente a la importancia del papel del Poder Judicial, como medio para hacer efectivas las normas sobre derechos humanos,

⁵²⁸ Ambas citas son de Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 1985-86, página 205. La Comisión agregó que “[i]ndependientemente del problema de las eventuales responsabilidades – las que, en todo caso, deberán ser siempre individuales y establecidas después de un debido proceso por un tribunal preexistente que utilice para la sanción la ley existente al momento de la comisión del delito– uno de los pocos asuntos que la Comisión no desea inhibirse de opinar en esta materia, es el de la necesidad de esclarecer las violaciones a los derechos humanos perpetradas con anterioridad al establecimiento del régimen democrático”, concluyendo al respecto que “[t]oda la sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro. A la vez, nada puede impedir a los familiares de las víctimas conocer lo que aconteció con sus seres más cercanos. Tal acceso a la verdad supone no coartar la libertad de expresión, la que –claro está– deberá ejercerse responsablemente; la formación de comisiones investigadoras cuya integración y competencia habrán de ser determinadas conforme al correspondiente derecho interno de cada país, o el otorgamiento de los medios necesarios para que sea el propio Poder Judicial el que pueda emprender las investigaciones que sean necesarias.” (ídem).

⁵²⁹ Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988; y Corte IDH, Caso Godínez Cruz, Sentencia de Fondo, 20 de enero de 1989.

⁵³⁰ Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, cit., párrafo 165.

sosteniendo que la obligación de asegurar un libre y pleno ejercicio de los derechos humanos "implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos." ⁵³¹

Asimismo, la Corte subrayó que el solo hecho de dictar una legislación apropiada, esto es, una legislación acorde con los estándares internacionales, no es suficiente para que un estado dé cumplimiento a sus obligaciones internacionales, "sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos."⁵³²

En consecuencia, las obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos acarrearán para el Estado el deber de "prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos."⁵³³ La Corte agregó que el deber de investigar debe ser llevado a cabo "con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa." En el caso de que la violación resultase impune y la víctima sin compensación, habría una violación del deber de garantizar el ejercicio de los derechos. ⁵³⁴ La Corte añadió que la de investigar es una obligación de medio a fin y no una obligación de resultado, siendo lo exigible lo antes señalado, esto es, que se trate de una investigación conducida con seriedad.

En el Caso Velásquez Rodríguez la Corte Interamericana también se refirió a La cuestión de las violaciones a los derechos humanos atribuibles a un gobierno anterior. En ocasiones, los gobiernos tratan de exonerarse de enfrentar violaciones cometidas por un régimen anterior. Esto ocurre a veces cuando un régimen democrático reemplaza a una dictadura que ha vulnerado sistemáticamente los derechos de sus ciudadanos. Sin embargo, no sólo en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino en el más general del Derecho Internacional Público, es un principio bien establecido el

⁵³¹ Ídem, párr. 166.

⁵³² Ibid., párr. 167.

⁵³³ Ibid., párr. 166.

⁵³⁴ Ibid., párrafos 176 y 177.

que un nuevo gobierno es internacionalmente responsable por las obligaciones contraídas por un régimen anterior, así como por los actos cometidos por tal régimen en violación de acuerdos internacionales. Esta regla es denominada "principio de continuidad" y ha sido aplicada en todas las áreas del Derecho Internacional.

En materia de derechos humanos se aplica el mismo principio, independiente de que el nuevo gobierno pueda llevar a cabo políticas protectoras de tales derechos o de que adopte una conducta mucho más cuidadosa que el régimen precedente respecto de los derechos de sus ciudadanos. En Velázquez Rodríguez, la Corte Interamericana resalta la coherencia del Derecho Internacional Público general y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos al respecto, señalando que

"Según el principio de Derecho Internacional de la identidad o continuidad del estado, la responsabilidad subsiste con independencia de los cambios de gobierno en el transcurso del tiempo y, concretamente, entre el momento en que se comete el hecho ilícito que genera la responsabilidad y aquél en que ella es declarada. Lo anterior es válido también en el campo de los derechos humanos aunque, desde un punto de vista ético o político, la actitud del nuevo gobierno sea mucho más respetuosa de esos derechos que la que tenía el gobierno en la época en que las violaciones se produjeron."⁵³⁵

No obstante, como apuntáramos, en Honduras no se había promulgado una ley de amnistía, por lo que la Corte no abordó expresamente esta materia, estableciendo únicamente que el gobierno vigente de ese país a la época del juicio ante ella era responsable por dar solución a los abusos perpetrados por el gobierno precedente.

Algunos años después, la Corte pudo haber tenido la oportunidad de pronunciarse acerca de una ley de amnistía en Surinam; sin embargo, el reconocimiento

⁵³⁵ Caso Velásquez Rodríguez, cit., párr. 184.

de responsabilidad del Estado condujo al tribunal a no pronunciarse al respecto, limitándose a determinar las reparaciones.⁵³⁶

3. LA COMISIÓN INTERAMERICANA Y LAS AMNISTÍAS EN PROCESOS DE TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA

A principios de los noventa del siglo pasado, la Comisión se vio enfrentada por vía del mecanismo de casos a las normas de amnistía dictadas por los gobiernos democráticos de Argentina y Uruguay, que impedían la persecución de las masivas y sistemáticas violaciones a los derechos humanos acaecidas en esos países durante las dictaduras militares de los setenta y comienzos de los ochenta. Los casos se referían a víctimas de abusos graves o familiares de ellas a quienes se les había impedido litigar a nivel interno debido a las normas de amnistía.

Presentando similitudes como la descrita –en el sentido de que las amnistías argentina y uruguaya eran el producto de gobiernos democráticos sobrevivientes–, había también diferencias en los procesos sociales que habían llevado a su dictación. En Argentina, la derrota en la Guerra de las Malvinas, que había iniciado la dictadura militar en 1982, condujo al advenimiento de la transición a la democracia. El nuevo gobierno, encabezado por Raúl Alfonsín, se vio, entonces en una situación aparentemente propicia para ajustar cuentas con el pasado. En primer término, en una medida prácticamente sin precedentes a nivel mundial hasta esa fecha (1983), el gobierno democrático estableció una Comisión de Verdad. Esta se encargó de investigar los diversos tipos de abusos cometidos, publicando un Informe con sus hallazgos.⁵³⁷ Además de lo anterior, el Parlamento anuló el decreto de ley de amnistía que había dictado la Junta Militar y se iniciaron procesos judiciales por las violaciones a los derechos humanos. Sin embargo, una vez que arreciaron las presiones militares, se adoptaron sucesivas normativas destinadas a cerrar las investigaciones, a través de las

⁵³⁶ Corte IDH, Caso Aloeboetoe y Otros vs. Surinam, sentencia de 4 de diciembre de 1991 (Fondo). Consúltese, Ellen Lutz, Responses to Amnesties by the Inter-American System of Protección of Human Rights; en: David Harris y Stephen Livingstone (eds), *The Inter-American System of Human Rights*, cit., capítulo 11, especialmente pp. 360-361.

⁵³⁷ Véase Jo M. Pasqualucci, The Whole Truth and Nothing but the Truth: Truth Commissions, Impunity and the Inter-American Human Rights System; en: *Boston University International Law Journal*, Vol. 12, pp. 321-370, 1994, especialmente pp. 336 ss. Consúltese también, Jon Elster, *Rendición de Cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica*, Katz Editores, Buenos Aires, 2006, pp. 81-83.

llamadas “Ley de Obediencia Debida” y “Ley de Punto Final”, que, para los efectos que nos interesan, vienen a ser los equivalentes a normas de amnistía de violaciones graves a los derechos humanos.

La experiencia argentina llevó también a una discusión doctrinaria acerca de la confrontación de las violaciones del pasado. Dado que algunos filósofos del Derecho como Carlos Nino y Jaime Malamud-Goti habían sido asesores del gobierno de Raúl Alfonsín en esta materia, les cupo un papel central en este debate.⁵³⁸ Sin embargo, como a esas alturas (fines de los ochenta y principios de los noventa) ya había otros países latinoamericanos que se hallaban atravesando sus propias experiencias al respecto, el debate alcanzó dimensiones más generales. Sobre este debate nos referiremos en otro apartado de este capítulo.

En Uruguay, la dictadura, a diferencia de Argentina, no había sufrido una derrota militar. De hecho, a fines de 1980 había sufrido una derrota, pero de otra naturaleza: electoral. El régimen militar pretendía la aprobación por medio de un Plebiscito de una transición tutelada, orientada hacia el establecimiento de un sistema político que conservaría fuertes rasgos autoritarios, asegurando un rol significativo para las Fuerzas Armadas. Los militares, como se ha dicho, perdieron en el Plebiscito. Sin embargo, dado que no existía una salida alternativa para el caso de una derrota electoral, los militares se mantuvieron *de facto* en el poder durante cuatro años adicionales. Finalmente, una vez que hubieron asegurado que no se llevarían adelante juicios, los militares dieron paso a la transición a la democracia. El contexto inicial de la transición, como se advierte, resultaba ser mucho más restrictivo que el argentino. La única medida adoptada fue la creación de una Comisión sobre Desaparecidos, lo cual resultaba ser claramente insuficiente, considerando que los detenidos desaparecidos uruguayos sumaban un total de 164, de las cuales aproximadamente un 80% fueron víctimas de la

⁵³⁸ Consúltense,; Jaime Malamud-Goti, *Transitional Governments in the Breach: Why Punish State Criminals*; en: *Human Rights Quarterly* Vo. 12, p. 1-16, 1990; Carlos Nino, *The Duty to Prosecute Past Abuses of Human Rights Put into Context*, en: *Yale Law Journal*, Vol. 100, pp. 2619-2640, 1991; Jaime Malamud-Goti, *State Terror and Memory of What?*, en: *University of Arkansas Law Review* Vol. 21, pp. 107-118, 1998.

dictadura argentina mientras se hallaban en el exilio en dicho país, comparada con las miles de personas que habían sido víctimas de tortura.⁵³⁹

Sin embargo, al margen de los acuerdos alcanzados entre los partidos políticos dominantes y los militares, los afectados comenzaron a interponer masivamente denuncias ante los tribunales. Esto llevó a que se aprobara la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, mediante la cual se impedía la investigación de los crímenes ocurridos. La Constitución uruguaya contemplaba, no obstante, un mecanismo de referéndum para derogar leyes. Para ello era necesario reunir un 25% de firmas de los ciudadanos. Dicho porcentaje fue alcanzado y el referéndum tuvo lugar. En él, la mayoría aprobó la mencionada ley (equivalente, como hemos visto, a una amnistía).

Una vez en trámite los casos ante la Comisión Interamericana, para afirmar que no había vulnerado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Argentina argumentó que su propósito original había sido perseguir a los responsables pero que circunstancias extremas (de presión militar) la habían llevado a dictar las normas de amnistía. Uruguay, en tanto, sostuvo que una medida de esta naturaleza estaba dentro de su discreción y que la Ley de Caducidad había sido legitimada por la voluntad popular.⁵⁴⁰

La Comisión señaló que los estados no podían autoeximirse de sus obligaciones internacionales, y que las normas de amnistía habían transgredido la Convención Americana, al contravenir los artículos 1.1, 8 y 25 de dicho tratado. La Comisión vinculó la obligación de respetar y asegurar los derechos humanos (art. 1.1) con el derecho de protección judicial (art. 8) y el derecho a un recurso judicial eficaz (art. 25). La argumentación de la Comisión señaló que este tipo de amnistías privan al Estado y a las víctimas de una investigación judicial exhaustiva, con lo cual vulneran tanto el

⁵³⁹ José Zalaquett, *Procesos de Transición a la Democracia y Derechos Humanos en América Latina*; www.publicaciones.cdih.uchile.cl/articulos/zalaquett/IIDH_paper_final.pdf, p. 10. Consúltese también Jon Elster, *Rendición de Cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica* (cit.), p.85.

⁵⁴⁰ Véase, Observaciones del Gobierno del Uruguay al Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.G/CP/doc.2376/93, 18 de mayo 1993.

derecho a protección judicial como el derecho a un recurso judicial efectivo y, consecuentemente, hacen imposible el respeto y garantía de los derechos humanos.⁵⁴¹

Los gobiernos de estos dos países pusieron en tela de juicio el actuar de la Comisión, siendo Uruguay el que reaccionó de manera más fuerte, llegando a descalificarla por ello, criticando especialmente el hecho de que la Comisión no se hubiera hecho cargo del argumento de que la amnistía uruguaya había sido ratificada por un procedimiento democrático (el referéndum).⁵⁴² Estas reacciones produjeron una paralización en la Comisión, que mantuvo los Informes sobre Uruguay y Argentina sin ser publicados por cerca de un año después de formulados los descargos de los gobiernos, un hecho sin precedentes en la práctica de este organismo.⁵⁴³

En rigor, la CIDH sí menciona el referéndum uruguayo en el Informe respectivo, aunque solo lo hace de manera sumaria y sin realizar de manera explícita un balanceamiento de los bienes en juego (este aspecto se analiza al final de este capítulo), señalando que “[c]on respecto a la legitimidad interna y la ‘aprobación de la Ley de Caducidad por la vía de un referéndum popular’, cabe observarse que a la Comisión no le compete pronunciarse sobre la legalidad o constitucionalidad internas de las legislaciones nacionales. Sin embargo, sí es de su competencia la aplicación de la Convención y el examen de los efectos jurídicos de una medida legislativa, judicial o de

⁵⁴¹ Informe 34/91, Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, Argentina, Sobre los efectos de las Leyes N°s 23.492 y 23.521 y Decreto N° 1002/89 (corresponden, respectivamente, a las leyes conocidas como de "Punto Final", "Obediencia Debida" y al indulto presidencial). Informe 35/91, Casos 10.029, 10.036, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.375, Uruguay, Sobre los Efectos de la Ley N° 15.848 ("Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado"). Aunque escapa al período cubierto por la presente tesis, por su importancia, conviene dejar constancia de que en 2011 la Corte Interamericana declaró la incompatibilidad de la mencionada ley uruguaya con la Convención Americana; véase, Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones), lo cual redundó en la derogación de la Ley de Caducidad el 27 de octubre del mismo año.

⁵⁴² Carta de la Misión Permanente del Uruguay ante la Organización de Estados Americanos dirigida al Presidente del Consejo Permanente [de dicha organización], 7 de mayo de 1993 (copia del documento en poder del autor). En un pasaje, la carta señala que “[n]o menor insensibilidad evidénciase cuando la Comisión hace abstracción de la aprobación de la Ley de Caducidad por la vía de un referéndum popular en ejemplar expresión de democracia directa del pueblo uruguayo, al que la Comisión debe, al menos, consideración y respeto.” (pág. 21).

⁵⁴³ Los informes definitivos, conteniendo los descargos de los gobiernos y la refutación de los mismos por parte de la Comisión fueron publicados en octubre de 1992. Véase Informe N° 28/92, Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311 (Argentina), 2 de octubre de 1992 e Informe N° 29/92 (Uruguay), Casos 10.029, 10.036, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.375, 2 de octubre de 1992.

otro carácter, en tanto en cuanto surta efectos incompatibles con los derechos y garantías consagrados en la Convención o la Declaración Americana.”⁵⁴⁴

El mismo año en que la Comisión hizo públicos sus pronunciamientos sobre las normas de amnistía de Argentina y Uruguay hizo lo mismo respecto de una dictada en El Salvador, en el caso de la Masacre de Las Hojas. Se trataba de la ejecución extrajudicial de 74 personas cometida por las Fuerzas Armadas de dicho país, respecto de las cuales se promulgó tal amnistía.

La CIDH señaló que

el Decreto N° 805, aprobado por la Asamblea Legislativa el 27 de octubre de 1987, en la parte pertinente al presente caso, estipula en su artículo 1: "Concédese amnistía absoluta y de pleno derecho a favor de todas las personas, sean éstas nacionales o extranjeras, que hayan participado como autores inmediatos, mediatos o cómplices, en la comisión de delitos políticos o comunes conexos con los políticos o delitos comunes cuando en su ejecución hubieren intervenido un número de personas que no baje de veinte, cometidos hasta el veintidós de octubre del corriente año"; y que, por lo tanto, la aprobación del Decreto de Amnistía, incluso después de haberse dictado una orden de arresto a oficiales de las Fuerzas Armadas, eliminó legalmente la posibilidad de una investigación efectiva y el procesamiento de los responsables, así como una adecuada compensación para las víctimas y sus familiares, derivada de la responsabilidad civil por el ilícito cometido.⁵⁴⁵

Lo anterior, de acuerdo a lo resuelto por la Comisión, resulta en contravención con el Derecho Internacional, considerando que “el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados prohíbe que un Estado invoque unilateralmente la ley nacional como justificación para no cumplir con las obligaciones legales impuestas por un tratado.”⁵⁴⁶

⁵⁴⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 25/92 (cit.), párrafo 31.

⁵⁴⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 26/92, Caso 10.287 (El Salvador), 24 de septiembre de 1992, párrafo 11.

⁵⁴⁶ Ídem, párrafo 12.

Si bien las decisiones de la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos no tuvieron un impacto inmediato en términos prácticos en los tres países a que ellas se referían, sí lo tuvieron a nivel internacional.⁵⁴⁷ De hecho, es posible apreciar cómo en los años siguientes a dichas decisiones, los órganos de derechos humanos de la ONU comienzan a evolucionar en esta materia en la misma dirección, reformulando su interpretación de las normas respectivas. En especial, ello se evidenció de la evolución que fue experimentando el tratamiento de este tema por el Experto Independiente nombrado por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, Louis Joinet. A lo largo de los noventa, Joinet hizo público primero un estudio provisional al respecto (elaborado en conjunto con El Hadji Guissé)⁵⁴⁸, concluyendo mediante uno final en 1997, que recoge en lo sustancial los criterios de la Comisión Interamericana, señalando que son obligaciones de los Estados en relación con las violaciones graves del pasado el establecimiento de responsabilidad penales, la publicidad de las actuaciones judiciales, la reparación a las víctimas y la formulación de garantías de no repetición de los crímenes.⁵⁴⁹

También en la década de los noventa, la Comisión se pronunció acerca del Decreto Ley de Amnistía de Chile, en tres informes de fondo, referidos a una serie de casos. La Comisión estableció la incompatibilidad de las normas de amnistía chilenas con la Convención Americana. Cabe señalar que, con anterioridad a estas decisiones de

⁵⁴⁷ Se ha especulado mucho acerca de por qué la Comisión no envió los casos de las amnistías argentina y uruguaya a la Corte, tratándose de un tema central para el desarrollo de la jurisprudencia del Sistema Interamericano. Tampoco lo envió ninguno de los dos Estados, que, en cambio, presentaron una solicitud de Opinión Consultiva, relacionada sólo en términos muy generales, ya que, entre otras preguntas, se le planteaba a la Corte acaso la Comisión poseía o no la facultad de determinar la compatibilidad de normas internas estatales con los estándares internacionales, a lo que el tribunal respondió afirmativamente. Véase, Corte IDH, Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva 13, de 16 de julio de 1993. Respecto de la Comisión, Weiner sostiene que puede haber preferido dar seguimiento por sí misma a este asunto sin arriesgar un eventual fallo adverso de la Corte, así como cuestiones de sensibilidad política. Consúltase, Robert Weiner, *Trying to Make Ends Meet: Reconciling the Law and Practice of Human Rights Amnesties*; en: Saint Mary's Law Journal N°26, 1995, pp.857 ss., especialmente pp. 868-869. En un sentido similar, Ellen Lutz, *Responses to Amnesties by the Inter-American System of Protección of Human Rights*, cit., p.360.

⁵⁴⁸ Véase, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos), Informe provisional sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos, preparado por el Sr. Guissé y el Sr. Joinet, en cumplimiento de la resolución 1992/23 de la Subcomisión. E/CN.4/Sub.2/1993/6, 19 de julio de 1993.

⁵⁴⁹ Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos), Informe final, elaborado y revisado por M. Joinet en aplicación de la decisión 1996/119 de la Subcomisión, E/CN. 4/Sub. 2/1997/20/Rev.1 2 octubre de 1997.

la Comisión Interamericana, Chile había llevado adelante iniciativas para alcanzarla verdad de lo ocurrido en materia de violaciones graves a los derechos humanos, primero a través de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (establecida al inicio de la transición a la democracia) y en seguida por medio de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. Sin embargo, el problema de la falta de justicia subsistía, además de existir serias limitaciones en cuanto al alcance de la verdad alcanzada, ya que ambas instituciones carecían de mecanismos coercitivos, por lo que las personas acudían a declarar únicamente en forma voluntaria. A ello se suma el hecho de que si bien el Informe de la Comisión de Verdad efectúa una amplia revisión de las violaciones ocurridas durante la dictadura, la investigación de casos se ciñó sólo a las ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y torturas con resultado de muerte.⁵⁵⁰ Recién en la primera década del siglo XXI, a través de la Comisión sobre Tortura y Prisión Arbitraria, las investigaciones se harían extensivas a estos otros delitos.⁵⁵¹

En las tres ocasiones en las que la CIDH se pronunció sobre la amnistía chilena, emitió el mismo *dictum*, observando que

“El reconocimiento de responsabilidad realizado por el Gobierno, la investigación parcial de los hechos, y el pago posterior de compensaciones no son, por sí mismas, suficientes para cumplir con las obligaciones previstas en la Convención. Según lo dispuesto en el artículo 1.1 de ésta, el Estado tiene la obligación de investigar las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.”⁵⁵²

⁵⁵⁰ Véase, Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, *Informe*, Santiago, 1991.

⁵⁵¹ Al respecto, puede consultarse, Universidad Diego Portales, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2005* (Hechos de 2004), Santiago, 2005, especialmente pp. 216-239.

⁵⁵² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe de Fondo 34/96, Casos 11.228, 11.229, 11.231 y 11.282 (Chile), 15 de octubre de 1996, párrafo 77 (se ha eliminado una referencia contenida en el texto original). Dicho texto se reproduce en términos idénticos en el Informe de Fondo 36/96, Caso 10.843 (Chile), de 15 de octubre de 1996, párrafo 77 y en el Informe de Fondo 25/98, Casos 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.585, 11.595, 11.652, 11.657, 11.675 y 11.705, 7 de abril de 1998, párrafo 70.

Además, en los tres pronunciamientos mencionados se agrega que

“Al sancionar el Decreto-Ley 2191 de facto sobre auto-amnistía, el Estado de Chile dejó de cumplir plenamente con la obligación estipulada en el artículo 1.1 de la Convención y violó, en perjuicio de los reclamantes, los derechos humanos que reconoce la Convención Americana.”⁵⁵³

Posteriormente, la Comisión Interamericana abordó en otro caso la amnistía promulgada en El Salvador luego de concluida la Guerra Civil en ese país. El Informe de Fondo al respecto lo emitió la CIDH en 1999. La Comisión ya había emitido un pronunciamiento sobre otra amnistía salvadoreña en el caso “Las Hojas”, al que antes nos hemos referido. Sin embargo, la diferencia principal radicaba en que en el caso “Las Hojas” se trataba de una amnistía dictada durante la Guerra y en el otro con posterioridad a ella. De hecho, fue promulgada inmediatamente después de que finalizara sus labores la Comisión de Verdad creada por Naciones Unidas para ese país, que había formulado una serie de recomendaciones en relación las graves violaciones los derechos humanos que habían tenido lugar en El Salvador.⁵⁵⁴

Así, la Comisión de Verdad emitió su Informe el 15 de marzo de 1993 y tres días después el Poder Ejecutivo propuso un cuerpo legal que establecía la amnistía, que según el Presidente de la República de la época, Alfredo Cristiani, perseguía “borrar, eliminar y olvidar la totalidad del pasado”, reiterando “el llamado a todas las fuerzas del país, a que se debe apoyar una amnistía general y absoluta, para pasar de esa página dolorosa de nuestra historia y buscar ese mejor futuro para nuestro país”.⁵⁵⁵ La amnistía fue aprobada de manera acelerada dos días después de haber sido propuesta, el 20 de marzo de 1993.

⁵⁵³ Ídem, párrafos 77 del primer y segundo informes de fondo señalados y párrafo 71 del tercero de dichos informes.

⁵⁵⁴ Véase, Reed Brody, *The United Nations and Human Rights in El Salvador: ‘Negotiated Revolution’*; en: *Harvard Human Rights Journal* Vol. 8, pp.153- 178, especialmente pp.165 ss.

⁵⁵⁵ Ambas referencias están tomadas de Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe de Fondo 1/99, Caso 10.480 (El Salvador), 27 de enero de 1999, párrafo 5.

De acuerdo a lo señalado por la Comisión Interamericana en su Informe de Fondo en análisis, la ley de amnistía salvadoreña “dejó sin efecto alguno las recomendaciones de la Comisión de la Verdad en relación con los crímenes investigados, extinguió la posibilidad de sanción penal de las personas implicadas en la perpetración de los hechos de violencia descritos en su informe y extinguió la responsabilidad civil correspondiente. En definitiva, dejó en la impunidad todos los crímenes cometidos por los agentes del Estado entre 1980 y 1992.”⁵⁵⁶

La Comisión añade que el efecto de la mencionada amnistía cubre, entre otros, delitos de ejecuciones sumarias, torturas y desapariciones forzadas de personas llevadas a cabo por agentes del Estado. La CIDH se refiere también a una serie de instrumentos que demuestran la gravedad de dichos delitos, los que incluyen medidas específicas para que aquellos no queden en la impunidad, entre las que se encuentran la jurisdicción universal y la imprescriptibilidad. En este sentido, la Comisión Interamericana menciona la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que establecen la jurisdicción universal de los delitos a que ellas se refieren. También invoca la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratamientos o Castigos Crueles, Inhumanos o Degradantes y Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas establece, que dispone que las acciones penales y las penas impuestas judicialmente a los perpetradores no estarán sujetas a prescripción.

Por todo lo anterior, la CIDH concluyó que la referida amnistía salvadoreña resultaba incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁵⁵⁷

4. EL DESARROLLO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA SOBRE AMNISTÍAS

Si bien, como señaláramos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos había echado las bases para el tratamiento de esta materia en el caso Velásquez Rodríguez, no

⁵⁵⁶ Ídem, párrafo 6.

⁵⁵⁷ Para una descripción de este período en El Salvador y su relación con el Sistema Interamericano, consúltese, el capítulo de Benjamín Cuéllar Martínez sobre dicho país en VV.AA., *Víctimas sin Mordaza (el impacto del sistema interamericano en la justicia transicional en Latinoamérica: los casos de Argentina, Guatemala, El Salvador y Perú)*, Fundación Debido Proceso Legal y The United States Institute of Peace, México, 2007, pp.53-100.

lo había hecho de manera explícita, puesto que no era el objeto del caso. El tribunal tuvo finalmente ocasión de pronunciarse de manera expresa acerca de la cuestión de las amnistías de violaciones graves en el caso Barrios Altos, contra Perú, en 2001.⁵⁵⁸ Posteriormente lo hizo en los casos Moiwana contra Surinam en 2005⁵⁵⁹, Almonacid contra Chile en 2006⁵⁶⁰ y Julia Gomes Lund (“Guerrilla de Araguaia”) contra Brasil en 2010.⁵⁶¹ La línea argumentativa desarrollada por la Comisión en las decisiones descritas en el apartado anterior ha sido relevantes para el tratamiento dado por la Corte a este asunto. Además, en el Caso Almonacid el tribunal interamericano elaboró una sistematización del Derecho Internacional en la materia. A ello cabe añadir que en otros dos casos (Goiburú y Otros vs. Paraguay en 2006 y Masacre de La Rochela vs. Colombia en 2007) que se referían a contextos en los cuales aunque no se había dictado una amnistía, ocurría o podía ocurrir una situación análoga, la Corte emitió pronunciamientos relevantes para la materia que nos ocupa.

El caso Barrios Altos se refería a dos amnistías dictadas por el gobierno autoritario encabezado por Alberto Fujimori en el Perú, destinadas a dejar sin sanción la ejecución extrajudicial de 15 personas y las lesiones graves de otras cuatro producidas por agentes del Estado.⁵⁶² Una vez que determinó la responsabilidad del estado peruano y este no siguió sus recomendaciones, la Comisión presentó una demanda ante la Corte Interamericana. Perú procedió entonces a retirar el reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de dicho tribunal, lo cual fue considerado improcedente por esta, que continuó adelante con el procedimiento.⁵⁶³ Mientras el asunto se encontraba pendiente en la Corte se produjo la caída del gobierno de Fujimori y su reemplazo por otro de transición a la democracia, encabezado por Valentín Paniagua. Este segundo gobierno restituyó el reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana y se allanó a la demanda en el caso Barrios Altos. No obstante el mencionado

⁵⁵⁸ Corte IDH, Caso Barrios Altos, Sentencia de 14 de marzo de 2001.

⁵⁵⁹ Corte IDH, Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname, sentencia de 15 de junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

⁵⁶⁰ Corte IDH, Caso Almonacid Arellano, Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

⁵⁶¹ Corte IDH, Caso Gomes Lund y Otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, sentencia de 24 de noviembre de 2010.

⁵⁶² La primera de dichas amnistías se refería a las ejecuciones propiamente tales. La segunda, dictada una vez que una jueza que investigaba el caso declaró la primera amnistía inconstitucional, dispuso expresamente que la primera amnistía no era revisable en sede judicial.

⁵⁶³ La Corte señaló que solo procedía la denuncia como un todo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conforme al art. 78), pero no el desasimiento del reconocimiento de la jurisdicción contenciosa.

allanamiento, debido a la importancia del tema, el tribunal hizo saber su propio saber respecto de ello y proporcionó una fundamentación (aunque somera) acerca de la responsabilidad del Estado del Perú.

Así, la Corte señaló que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves a los derechos humanos, tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.”⁵⁶⁴

La Corte añadió que al impedir las mencionadas amnistías peruanas que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes pudieran ser oídas por un juez, violaron los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, transgrediendo además el artículo 1.1 del mismo instrumento que consagra la obligación de respetar y garantizar los derechos y el artículo 2 que reconoce la obligación de adecuar el derecho interno a dicha Convención.

Más genéricamente, estableció el tribunal que “[l]as leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana”, agregando que como consecuencia de dicha incompatibilidad “las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acaecidos en el Perú.”⁵⁶⁵

Por último, en el único aspecto en que la sentencia de la Corte difiere de la demanda de la Comisión es en lo relativo al derecho a la verdad. La Comisión consideraba que la vulneración de dicho derecho había producido por parte del Perú una

⁵⁶⁴ Corte IDH, Caso Barrios Altos (cit.), párrafo 41.

⁵⁶⁵ Ídem. Las citas son de los párrafos 43 y 44, respectivamente.

infracción adicional de la Convención Americana: al art. 13.1, que consagra el derecho de buscar y recibir información, el cual en el caso específico implicaba una obligación de carácter positivo para el estado, en términos de garantizar la información esencial para asegurar los derechos de las víctimas, así como, igualmente, la transparencia del quehacer estatal al respecto y la protección de los derechos humanos. La Corte, en cambio, sostuvo que siendo “incuestionable que se impidió a las víctimas sobrevivientes, sus familiares y a los familiares de las víctimas que fallecieron, conocer la verdad acerca de los hechos ocurridos en Barrios Altos”, “en las circunstancias del presente caso, el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado, el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención.”⁵⁶⁶ La Corte, como se aprecia, no trata de manera separada el derecho a la verdad, siguiendo su propia jurisprudencia anterior en la materia.⁵⁶⁷

Posteriormente la Corte ha vuelto sobre esta materia en otros casos. Ello tuvo lugar primeramente en un caso de Surinam; luego en dos sentencias casi simultáneas, ambas de septiembre de 2006, recaídas, como señaláramos, en un caso paraguayo y otro chileno; y al año siguiente en un caso colombiano.

En el caso *Moiwana* contra Surinam, decidido en 2005, se trataba de una operación militar en la que, de acuerdo a los hechos dados por probados por la Corte, agentes del Estado y sus colaboradores dieron muerte al menos a 39 miembros indefensos de dicha comunidad, encontrándose entre ellos niños, mujeres y ancianos; asimismo, hirieron a otros. Además, la operación militar quemó y destruyó la propiedad de la comunidad, forzando a huir a los sobrevivientes.⁵⁶⁸ Los hechos originariamente habían ocurrido en 1986, pero la falta de una investigación adecuada a nivel interno continuaba a la fecha del pronunciamiento de la Corte Interamericana, por lo que esta poseía competencia.

⁵⁶⁶ Íd., párrafos 47 y 48, respectivamente.

⁵⁶⁷ Véase Corte IDH, Caso *Bámaca Velásquez*, Sentencia de 25 de noviembre de 2000.

⁵⁶⁸ Corte IDH, Caso de la Comunidad *Moiwana* vs. Suriname (cit.), párrafo 86.15.

Además, algunos años después de la operación militar, en 1992, se promulgó una ley de amnistía, que concedía esta última a los perpetradores de ciertos actos criminales, con excepción de aquellos que fueran de lesa humanidad, para el período comprendido entre 1985 y 1992, por lo que la operación militar en contra de la Comunidad Moiwana quedaba dentro de dicho marco temporal.

La Comisión sostuvo ante la Corte que “la ley de amnistía adoptada por el Estado promueve el clima de impunidad que prevalece en Suriname después del ataque a la Comunidad Moiwana. Dado que las iniciativas de investigación nunca alcanzaron la etapa de acusación, la ley de amnistía no ha sido aplicada en este caso. Sin embargo, existen elementos probatorios que sugieren que la ley tuvo el efecto de indicar a funcionarios relacionados con el caso que los responsables de las violaciones cometidas durante ese período de tiempo no serían llamados a rendir cuentas.”⁵⁶⁹ Añade la Comisión que “la ley de amnistía sigue siendo interpretada por muchos en el sentido de ser un obstáculo para la aplicación de cualquier medida para identificar, perseguir penalmente y sancionar a los responsables del ataque a la aldea de Moiwana y, de esa forma, contribuye a la impunidad en Suriname, tanto en el presente caso como en otros.”⁵⁷⁰

La Corte señaló que “[l]a ley define vagamente los crímenes de lesa humanidad como ‘aquellos crímenes que, de conformidad con el derecho internacional, se encuentren clasificados como tales’. Naturalmente –agrega–, hubo mucho debate durante el trámite del caso ante el Tribunal sobre la posibilidad de que el ataque de 1986 constituya un crimen de lesa humanidad conforme a esa definición.”⁵⁷¹

El tribunal interamericano también observa que la primera acción que el Estado debió haber llevado a cabo era una investigación y un proceso judicial en forma efectiva y rápida, orientados a esclarecer, a sancionar a los responsables, así como a compensar adecuadamente a las víctimas.

⁵⁶⁹ Ídem, párrafo 136, letra i.

⁵⁷⁰ Ídem, íd., letra j.

⁵⁷¹ Ídem, párrafo 165.

En lo referido específicamente a la amnistía, la Corte señala que “ninguna ley o disposición interna – incluyendo leyes de amnistía y plazos de prescripción – podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos. Si no fuera así, los derechos consagrados en la Convención Americana estarían desprovistos de protección efectiva.”⁵⁷²

La Corte Interamericana vino así a reafirmar un principio bien establecido del Derecho Internacional, conforme al cual sus disposiciones poseen una jerarquía superior a la de la legislación interna de los estados. En tanto que es también un principio bien asentado el que no compete a los órganos internacionales determinar la constitucionalidad o legalidad de medidas,⁵⁷³ es claro de una serie de estándares jurídicos internacionales así como de decisiones adoptadas por órganos internacionales que el invocar disposiciones del derecho interno no es una excusa aceptable para el incumplimiento de una obligación internacional. Conforme al Derecho Internacional, sus disposiciones son superiores en jerarquía que las normas internas de cualquier estado, con independencia de lo que el respectivo ordenamiento interno pueda disponer al respecto. El fundamento de este principio es muy claro: si se les permitiera a los estados invocar sus normas internas para excusarse de dar satisfacción a obligaciones internacionales, el Derecho Internacional resultaría desmembrado y sus normas se tornarían completamente ineficaces.⁵⁷⁴

El principio según el cual las obligaciones internacionales asumidas por un estado prevalecen sobre las normas internas ha sido reiteradamente aplicado por la Corte Permanente de Justicia Internacional y por el órgano que la sucedió, la Corte Internacional de Justicia. Ya en 1930, la Corte Permanente de Justicia Internacional afirmaba que "es un principio de derecho internacional generalmente aceptado que en las relaciones entre poderes que son partes en un tratado, las disposiciones de la

⁵⁷² Ídem, párrafo 167.

⁵⁷³ Ver Corte IDH, Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC/13, cit., párrafo 29.

⁵⁷⁴ A pesar de que ha ido surgiendo una cierta tendencia hacia el reconocimiento de la superioridad de las normas internacionales (como, por ejemplo, en el marco de la Unión Europea), una gran mayoría de países todavía consagra la superioridad de las normas constitucionales sobre la de normas internacionales contenidas en tratados ratificados por el respectivo país. Esta circunstancia es, de cualquier modo, inadmisibles como excusa a nivel internacional.

legislación nacional no pueden prevalecer sobre las del tratado.”⁵⁷⁵ Más adelante, la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados (1969), de la cual casi la totalidad de los estados del globo son partes, consagró también este principio. El artículo 27 de la Convención establece al respecto que “Una parte no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de su incumplimiento de un tratado.” También es pertinente en esta materia el artículo 26 de la Convención, el cual dispone que “Todo acuerdo internacional en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.”

En su sentencia en el Caso *Moiwana*, la Corte Interamericana añade que “[e]n particular, las disposiciones de amnistía, las reglas de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos – como las del presente caso, ejecuciones sumarias, extrajudiciales o arbitrarias – son inadmisibles, ya que dichas violaciones contravienen derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.”⁵⁷⁶

Por su parte, el caso de Agustín Goiburú y Otros, se refería a la detención ilegal y arbitraria, tortura y desaparición forzada de Agustín Goiburú Giménez, Carlos José Mancuello Bareiro y de los hermanos Rodolfo Feliciano y Benjamín de Jesús Ramírez Villalba, por agentes del Estado de Paraguay, así como a la impunidad parcial en que se hallaban tales hechos por no haberse sancionado a todos los responsables de ellos. Cabe observar que al iniciarse la transición a la democracia en Paraguay, en 1989, se abrió una serie de investigaciones judiciales por las graves violaciones a los derechos humanos cometidas por la dictadura encabezada por Alfredo Stroessner (que había gobernado desde 1954). En algunos casos se emprendieron esfuerzos serios para llevar adelante tales investigaciones sancionar a los perpetradores y en otros no, siendo presentados ante el Sistema Interamericano. De hecho, el caso original ante la Comisión Interamericana incluía a más víctimas, que llegaron a soluciones amistosas al alcanzarse justicia a nivel local paraguayo.

⁵⁷⁵ Citado por Robert K. Goldman, *Leyes de Amnistía y Derecho Internacional: un caso concreto*, en: Commission nationale consultative des droits de l'homme y Comisión Internacional de Juristas (eds.), *No a la Impunidad, sí a la justicia (Encuentro Internacional sobre la impunidad de los autores de violaciones graves a los derechos humanos)*, Ginebra, 1992, pp. 217-231. La cita aparece en p.221.

⁵⁷⁶ Corte IDH, Caso de la Comunidad *Moiwana* vs. Suriname (cit.), párrafo 206.

Si bien no se había dictado una amnistía en el Estado respectivo (Paraguay) – aspecto que la Corte valoró positivamente-, sino que había existido una falta de investigaciones judiciales a fondo en los casos de los señores Goiburú, Mancuello y hermanos Ramírez Villalba, el tribunal interamericano consideró necesario formular algunas precisiones acerca de las obligaciones del Estado en relación con las desapariciones forzadas. Al respecto, señaló que “tal como se desprende del preámbulo de la Convención Interamericana señalada [sobre desapariciones forzadas], ante la particular gravedad de estos delitos y la naturaleza de los derechos lesionados, la prohibición de la desaparición forzada de personas y el correlativo deber de investigarlas y sancionar a sus responsables han alcanzado carácter de *jus cogens*.”⁵⁷⁷ El tribunal, explayándose más sobre el punto, añadió que

“las prohibiciones de la tortura y de las desapariciones forzadas de personas (...) son contempladas en la definición de conductas que se considera afectan valores o bienes trascendentales de la comunidad internacional, y hacen necesaria la activación de medios, instrumentos y mecanismos nacionales e internacionales para la persecución efectiva de tales conductas y la sanción de sus autores, con el fin de prevenirlas y evitar que queden en la impunidad. Es así como, ante la gravedad de determinados delitos, las normas de derecho internacional consuetudinario y convencional establecen el deber de juzgar a sus responsables. En casos como el presente, esto adquiere especial relevancia pues los hechos se dieron en un contexto de vulneración sistemática de derechos humanos –constituyendo ambos crímenes contra la humanidad– lo que genera para los Estados la obligación de asegurar que estas conductas sean perseguidas penalmente y sancionados sus autores.”⁵⁷⁸

Concluye al respecto la Corte señalando que

⁵⁷⁷ Corte IDH, Caso Agustín Goiburú y Otros vs. Paraguay, Sentencia de 22 de septiembre de 2006, párrafo 84. Se ha eliminado una referencia a pie de página contenida en la sentencia.

⁵⁷⁸ Ídem, párrafo 128.

“Una vez establecido el amplio alcance de las obligaciones internacionales *erga omnes* contra la impunidad de las graves violaciones a los derechos humanos, la Corte reitera que en los términos del artículo 1.1 de la Convención Americana los Estados están obligados a investigar las violaciones de derechos humanos y a juzgar y sancionar a los responsables.”⁵⁷⁹

La Corte también se refiere al carácter de crimen de lesa humanidad que posee la desaparición forzada de personas, señalando que “ésta constituye un hecho ilícito que genera una violación múltiple y continuada de varios derechos protegidos por la Convención Americana y coloca a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreando otros delitos conexos.” Añade el tribunal interamericano que “[l]a responsabilidad internacional del Estado se ve agravada cuando la desaparición forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado. Se trata, en suma, de un delito de lesa humanidad que implica un craso abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el sistema interamericano.”

La Corte observa que “si bien la comunidad internacional adoptó la primera declaración y el primer tratado empleando la calificación de desaparición forzada de personas recién en 1992 y 1994, respectivamente, ya en la década de los setenta el tema era analizado como tal en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y fue desarrollado a partir de la década de los ochenta en el marco del sistema de Naciones Unidas.” Añade que en el Sistema Interamericano se había utilizado frecuentemente dicha calificación como un delito contra la humanidad desde antes. También apunta que “es caracterizado como tal por el artículo 7(1)(i) del Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998, cuando sea cometido como parte de una práctica generalizada o sistemática contra los miembros de una población civil. Esta caracterización del delito de referencia ha sido reiterada en el texto de los artículos 5 y 8(1)(b) de la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, aprobada en junio de 2006 por el recién creado Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas.”⁵⁸⁰

⁵⁷⁹ Ídem, párrafo 129.

⁵⁸⁰ Todas las referencias están tomadas de ídem, párrafo 82. Se han eliminado de las citas del fallo varias referencias a pie de página.

Cabe agregar que el de Agustín Goiburú fue el primer caso en el que la Corte Interamericana se refirió a la Operación Cóndor, una iniciativa bajo la cual se coordinaron las policías políticas de las dictaduras de una serie de países de Sudamérica – especialmente del Cono Sur- en la década de los setenta. Dicha coordinación iba destinada a fortalecer la represión de los disidentes, mediante las más graves violaciones de derechos humanos. Ello incluyó el intercambio de prisioneros, muchos de los cuales fueron posteriormente ejecutados o desaparecidos, así como la tolerancia recíproca para que las policías políticas de unos países operaran en el territorio de otros respecto de sus nacionales.⁵⁸¹ Precisamente, el Sr. Agustín Goiburú fue detenido por la policía paraguaya en territorio argentino, haciéndolo posteriormente desaparecer.

La sentencia en el caso Goiburú y Otros también da cuenta de las solicitudes de los familiares de las víctimas durante la tramitación interna de los casos para solicitar la extradición del ex dictador Alfredo Stroessner, quien se encontraba viviendo en Brasil mientras se efectuaban tales investigaciones.⁵⁸² La extradición no llegó a concretarse y Stroessner falleció en este último país en agosto de 2006, es decir, un mes antes del pronunciamiento de la Corte Interamericana.

En el Caso Almonacid, en el que se dictó sentencia por la Corte Interamericana en septiembre de 2006, dicho tribunal desarrolló en mayor medida su fundamentación sobre la materia que en los casos anteriores. El asunto se refería a la ejecución extrajudicial del Sr. Alfredo Almonacid, llevada a cabo por agentes del Estado durante los primeros meses de la dictadura militar chilena en 1973. La sentencia analiza

⁵⁸¹ La Corte Interamericana señala al respecto: “[l]a mayoría de los gobiernos dictatoriales de la región del Cono Sur asumieron el poder o estaban en el poder durante la década de los años setenta, lo que permitió la represión contra personas denominadas como “elementos subversivos” a nivel inter-estatal. El soporte ideológico de todos estos regímenes era la “doctrina de seguridad nacional”, por medio de la cual visualizaban a los movimientos de izquierda y otros grupos como “enemigos comunes” sin importar su nacionalidad. Miles de ciudadanos del Cono Sur buscaron escapar a la represión de sus países de origen refugiándose en países fronterizos. Frente a ello, las dictaduras crearon una estrategia común de “defensa”, añadiendo que “[l]as actividades desplegadas como parte de dicha Operación estaban básicamente coordinadas por los militares de los países involucrados. Dicha Operación sistematizó e hizo más efectiva la coordinación clandestina entre “fuerzas de seguridad y militares y servicios de inteligencia” de la región, que había sido apoyada por la CIA, la agencia de inteligencia, entre otras agencias, de los Estados Unidos de América. Para que la Operación Cóndor funcionara era necesario que el sistema de códigos y comunicaciones fuera eficaz, por lo que las listas de “subversivos buscados” eran manejadas con fluidez por los distintos Estados.” Las citas están tomadas de Corte IDH, Caso Agustín Goiburú y Otros vs. Paraguay, cit., párrafos 61.5 y 61.6, respectivamente. Se ha eliminado las referencias a pie de página contenidas en el texto de la sentencia.

⁵⁸² Véase, párrafos 61.75 a 61.79 y 61.114 a 61.120 de la sentencia.

sucesivamente los siguientes aspectos: acaso la ejecución extrajudicial del Sr. Almonacid constituyó o no un crimen contra la humanidad; en el supuesto de que la respuesta a la pregunta anterior sea afirmativa, si dicho crimen podía o no ser amnistiado; si el Decreto Ley de amnistía chileno –promulgado por la propia dictadura- incluía o no a dicho crimen y, de ser así, acaso violaba la Convención Americana; y, finalmente, si la aplicación de tal Decreto Ley por los jueces chilenos representa o no una trasgresión de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana.

Para abordar la primera de las cuestiones anteriores, esto es, acaso la ejecución extrajudicial del Sr. Almonacid constituyó o no un crimen contra la humanidad, la Corte Interamericana, basándose en los Estatutos de los tribunales militares de Nürenberg y Tokio, así como en desarrollos posteriores –incluyendo y diversos antecedentes en Naciones Unidas-, señala que “los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil.”⁵⁸³ Basada en tales consideraciones, la Corte establece que ya para 1973 existía la norma anotada con carácter de imperativa a nivel del derecho internacional; se trata, dice la Corte, de que la “prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens*, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general.”⁵⁸⁴ Además, el tribunal observa que para el año 1998 –cuando se aplicó el Decreto Ley de amnistía por los tribunales chilenos en el presente caso- ya habían sido adoptados los Estatutos de los Tribunales Penales Internacional sobre la ex Yugoslavia y Ruanda, los que reafirman lo antes señalado.

En seguida de lo anterior, la Corte se pronuncia en relación con si es o no posible amnistiarse crímenes de lesa humanidad, concluyendo que no lo es, indicando que “[s]egún el *corpus iuris* del Derecho Internacional, un crimen de lesa humanidad es en sí mismo una grave violación a los derechos humanos y afecta a la humanidad toda.”⁵⁸⁵ Además de volver sobre los Estatutos de los tribunales de la Ex Yugoslavia y Ruanda, la sentencia se remite a una serie de resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad de la ONU. El fallo señala finalmente sobre este particular que “los

⁵⁸³ Corte IDH, caso Almonacid Arellano (cit.), párrafo 96.

⁵⁸⁴ Ídem, párrafo 99.

⁵⁸⁵ Ídem, párrafo 105.

Estados no pueden sustraerse de del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna”⁵⁸⁶

Por lo que se refiere a los alcances del Decreto Ley de amnistía chileno, la sentencia establece que ello resulta inequívoco, como se desprende del propio cuerpo legal referido y de su aplicación por los tribunales internos, incluyendo el presente caso. Dicho Decreto Ley dispone una amnistía de carácter general, que no solo deja en la impunidad delitos tales como las ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y torturas, sino cuyo objetivo principal fue el de amnistiar los delitos contra el Derecho Internacional cometidos por el régimen militar. A partir de esa constatación, la sentencia establece que el Decreto Ley de amnistía carece de efectos jurídicos y no puede continuar siendo un obstáculo para la investigación y sanción del presente caso ni de otros similares.

En cuanto a la cuarta y última cuestión que nos interesa, la Corte Interamericana señala que “la descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular.” Añade la Corte que –como en el caso chileno- “cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella.”⁵⁸⁷

En el Caso de la Masacre de la Rochela (Colombia), la Corte Interamericana sistematizó una serie de parámetros con base en su jurisprudencia, referidos a los principios, garantías y deberes que debieran seguirse en el marco de un proceso de desmovilización, para adecuarse a los estándares interamericanos. El tribunal formuló tales criterios debido a que el proceso de desmovilización de los paramilitares en Colombia se encontraba entonces (mayo de 2007) en una fase inicial, y resultaba presumible que ello podría redundar en la concesión de beneficios penales a personas involucradas en la comisión de la mencionada masacre.

⁵⁸⁶ Ídem, párrafo 114.

⁵⁸⁷ Ídem, párrafo 123.

Al respecto, la Corte observó que “[p]ara que el Estado satisfaga el deber de garantizar adecuadamente diversos derechos protegidos en la Convención, entre ellos el derecho de acceso a la justicia y el conocimiento y acceso a la verdad, es necesario que cumpla su deber de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar y reparar las graves violaciones a los derechos humanos. Para alcanzar ese fin el Estado debe observar el debido proceso y garantizar, entre otros, el principio de plazo razonable, el principio del contradictorio, el principio de proporcionalidad de la pena, los recursos efectivos y el cumplimiento de la sentencia.”⁵⁸⁸ El tribunal interamericano también señaló que “[l]os Estados tienen el deber de iniciar *ex officio*, sin dilación y con debida diligencia, una investigación seria, imparcial y efectiva, tendiente a establecer plenamente las responsabilidades por las violaciones. Para asegurar este fin es necesario, *inter alia*, que exista un sistema eficaz de protección de operadores de justicia, testigos, víctimas y sus familiares. Además, es preciso que se esclarezca, en su caso, la existencia de estructuras criminales complejas y sus conexiones que hicieron posible las violaciones. En tal sentido, son inadmisibles las disposiciones que impidan la investigación y eventual sanción de los responsables de estas graves violaciones.”⁵⁸⁹ Por último, en la concerniente al principio de proporcionalidad de la pena, la Corte sostuvo que “la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos.”⁵⁹⁰

Agregó el tribunal interamericano que “el principio de cosa juzgada implica la intangibilidad de una sentencia sólo cuando se llega a ésta respetándose el debido proceso de acuerdo a la jurisprudencia de este Tribunal en la materia. Por otro lado, si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de esas graves violaciones a los derechos humanos pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada.”⁵⁹¹

⁵⁸⁸ Corte IDH, Caso “Masacre de La Rochela” vs. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 11 de mayo de 2007, párrafo 193.

⁵⁸⁹ Ídem, párrafo 194. Se han eliminado las referencias a pie de página contenidas en el fallo.

⁵⁹⁰ Ídem, párrafo 196.

⁵⁹¹ Ídem, párrafo 197. Se ha eliminado una referencia a pie de página del texto citado.

Concluye la Corte señalando que “el Estado tiene el deber ineludible de reparar de forma directa y principal aquellas violaciones de derechos humanos de las cuales es responsable, según los estándares de atribución de responsabilidad internacional y de reparación establecidos en la jurisprudencia de esta Corte. Además, el Estado debe asegurar que las reclamaciones de reparación formuladas por las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y sus familiares no enfrenten complejidades ni cargas procesales excesivas que signifiquen un impedimento u obstrucción a la satisfacción de sus derechos.”⁵⁹²

Por último, en 2010 la Corte Interamericana revisó la amnistía brasilera en el caso de la Guerrilla de Araguaia.⁵⁹³ El caso se refería a 70 personas desaparecidas y una ejecutada extrajudicialmente en Araguaia, en el Estado de Pará, en el Norte de Brasil, a principios de los años setenta del siglo pasado, en el contexto de la “Guerra Sucia” emprendida por las Fuerzas Armadas. Las víctimas pertenecían a una guerrilla originada desde el Partido Comunista de Brasil. Las alegadas violaciones se inscribían en el marco de una práctica sistemática de tales crímenes por parte del Estado brasilero durante la dictadura militar.

Dada la prolongada tramitación del caso para impugnar la amnistía a nivel interno, al momento de la emisión del Informe de Fondo por la Comisión y la remisión del asunto a la Corte todavía se encontraba pendiente un recurso ante el Supremo Tribunal Federal de Brasil. Este emitió su pronunciamiento cuando el caso ya se encontraba ante la Corte Interamericana, estableciendo por siete votos contra dos la conformidad de la amnistía con la Constitución Política brasilera.

La argumentación del Estado ante el tribunal interamericano en lo que al fondo de la controversia se refiere descansó en buena parte en el hecho de que la amnistía había sido aprobada por un Congreso elegido democráticamente y que había contribuido al proceso de pacificación en Brasil. La amnistía –añadió el Estado- no sólo benefició a los agentes estatales sino que además permitió la excarcelación de personas condenadas por diversos actos terroristas. La Comisión y los representantes de las víctimas hicieron notar que, sin perjuicio de que independientemente de su origen cualquier amnistía que

⁵⁹² Ídem, párrafo 198.

⁵⁹³ Corte IDH, Caso Gomes Lund y Otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil (cit.).

pretenda dejar en la impunidad crímenes contra la humanidad contraviene la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el caso específico de Brasil se trataba de una amnistía promulgada en el contexto de una dictadura (la ley fue adoptada en 1979 y la dictadura imperó entre 1964 y 1986) por un Congreso que poseía serias limitaciones en sus funciones y poderes, incluyendo el que el Ejecutivo pudiera “casar” (esto, es, dejar sin efecto) los mandatos de los parlamentarios.

Al respecto, la Corte Interamericana estableció lo siguiente:

En cuanto a lo alegado por las partes respecto de si se trató de una amnistía, una autoamnistía o un “acuerdo político”, la Corte observa, como se desprende del criterio reiterado en el presente caso (...), que la incompatibilidad respecto de la Convención incluye a las amnistías de graves violaciones de derechos humanos y no se restringe sólo a las denominadas “autoamnistías”. Asimismo, como ha sido señalado anteriormente, el Tribunal más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió la Ley de Amnistía, atiende a su *ratio legis*: dejar impunes graves violaciones al derecho internacional cometidas por el régimen militar. La incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana en casos de graves violaciones de derechos humanos no deriva de una cuestión formal, como su origen, sino del aspecto material en cuanto violan los derechos consagrados en los artículos 8 y 25, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención.⁵⁹⁴

En su fallo, la Corte Interamericana reitera su jurisprudencia anterior, en el sentido de que constituye un deber para los Estados el investigar y sancionar las violaciones graves a los derechos humanos, el cual no puede ser soslayado mediante una amnistía. Refiriéndose a la sentencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil, la Corte Interamericana añade que la misma “confirmó la validez de la interpretación de la Ley de Amnistía sin considerar las obligaciones internacionales de Brasil derivadas del derecho internacional, particularmente aquellas establecidas en los artículos 8 y 25 de la

⁵⁹⁴ Ídem, párrafo 175. Se ha eliminado una referencia en nota a pie del texto de la sentencia.

Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma”, ante lo cual “estima oportuno recordar que la obligación de cumplir con las obligaciones internacionales voluntariamente contraídas corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional de los Estados, respaldado por la jurisprudencia internacional y nacional, según el cual aquellos deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*).”⁵⁹⁵

Abordando otra dimensión del caso, es interesante observar que, entre otros derechos vulnerados, la Corte consideró afectado el derecho de acceso a la información pública (artículo 13.1 de la Convención Americana). Como viéramos, en el caso Barrios Altos el tribunal interamericano había señalado que el derecho a acceder a la información se encontraba subsumido en el derecho de acceso a la justicia. La propia Comisión había cambiado su criterio y había dejado de invocar dicha alegación. Sin embargo, los hechos en el caso de la Guerrilla de Araguaia presentaban ciertas particularidades que llevaron a la Comisión a alegar la violación del art.13.1, lo cual determinó asimismo la Corte. A diferencia de casos anteriores, en este último no se trataba de una invocación de carácter general del derecho a la verdad, sino de que agentes del Estado habían puesto numerosos y deliberados obstáculos para la diseminación de la información y habían denegado el acceso a documentación a organismos del sistema judicial brasileiro a quienes familiares de las víctimas habían requerido a través de diversos mecanismos la obtención de tales informaciones (por ejemplo, por medio de la desclasificación de documentos).

Sobre esta materia, la Corte Interamericana observa que

“en casos de violaciones de derechos humanos, las autoridades estatales no se pueden amparar en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación o proceso pendientes. Asimismo, cuando se trata de la investigación de un

⁵⁹⁵ Ídem, párrafo 177.

hecho punible, la decisión de calificar como secreta la información y de negar su entrega jamás puede depender exclusivamente de un órgano estatal a cuyos miembros se les atribuye la comisión del hecho ilícito. De igual modo, tampoco puede quedar a su discreción la decisión final sobre la existencia de la documentación solicitada.”⁵⁹⁶

5. BALANCE SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL SISTEMA INTERAMERICANO EN LA MATERIA

La evolución recién descrita en el Sistema Interamericano desempeñó una influencia central en el desarrollo del Derecho Internacional acerca del tratamiento de las violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos.⁵⁹⁷ En especial, las bases sentadas en el Sistema regional americano contribuyeron al desarrollo de estándares similares a nivel de Naciones Unidas.⁵⁹⁸

Sin embargo, al nivel interno de los Estados americanos, el efecto de la jurisprudencia de la Comisión y la Corte Interamericana ha sido variable. Como ya señaláramos, en Argentina y Uruguay el mismo recién se produjo años después de las resoluciones de la Comisión y con un alcance mayor en el primero que en el segundo de tales países. El cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Barrios Altos se vio facilitado por el hecho de que el propio Estado peruano se allanó a

⁵⁹⁶ Ídem, párrafo 202. Se han omitido dos referencias a pie de página del texto de la sentencia.

⁵⁹⁷ En este sentido, véase, Douglass Cassel, *Lessons from the Americas: Guidelines for International Responses to Amnesties for Atrocities*; en: Law and Contemporary Problems Vol. 59 N°4, pp. 197-230, 1996.

⁵⁹⁸ Estas transformaciones en el Derecho Internacional también han traído consigo iniciativas de confrontación de violaciones masivas y sistemáticas, de mayor o menor alcance según los casos, en diversos países. Es interesante mencionar el caso de España, puesto que en los inicios de la transición a la democracia se adoptó una Ley de Amnistía (Ley 46/1997, de 15 de octubre) que en su momento fue impulsada por casi la totalidad del espectro político; ello, en una época en la que a nivel internacional no se cuestionaba ese tipo de iniciativas. En el nuevo contexto internacional, en cambio, el Comité de Derechos Humanos de la ONU llamó a España en 2009 a derogar dicha legislación (Comité de Derechos Humanos, *Consideration of Reports Submitted by State Parties Under Article 40 of the Covenant: Concluding Observations of the Human Rights Committee: Spain*, CCPR/C/ESP/CO/5, 5 de enero de 2009, párrafo 9). Fue también en este nuevo contexto que se promulgó en 2007 la Ley de Memoria Histórica (Ley 52/2007, de 26 de diciembre), que constituyó la primera iniciativa de envergadura sobre búsqueda de la verdad y de mecanismos reparatorios en relación con abusos masivos y sistemáticos en España. Los alcances judiciales de esta transformación, sin embargo, han sido muy limitados.

la demanda interpuesta ante dicho tribunal. No obstante, ha habido una serie de debates jurídicos en Perú respecto de los efectos de la sentencia en relación con otros casos (a los que –como vimos- también apuntaba la Corte Interamericana). En lo concerniente a la sentencia en el caso Almonacid, el gobierno chileno ha manifestado públicamente – desde la época de la presidencia de Michelle Bachelet, en la que fue emitida la sentencia- su disposición a cumplir el fallo, pero ello todavía no se concreta.

El impacto, en todo caso, debe medirse no solo respecto de la reacción de los Estados a los que se referían las resoluciones de la Comisión y la Corte, sino más allá de ellos. En otras palabras, es relevante determinar también en qué medida esta jurisprudencia ha modificado el actuar de otros Estados americanos. Aunque hacer tal determinación con precisión requeriría de un estudio empírico que escapa a los alcances de este trabajo, lo que sí es claro es que la jurisprudencia mencionada –y sus correlatos en Naciones Unidas⁵⁹⁹- han puesto el asunto de la confrontación de las violaciones masivas y sistemáticas, y la cuestión de las amnistías respecto de ellas en una posición principal. Así, en cada proceso de transición a la democracia o de pacificación acaecida en América Latina en los últimos años este tema ha estado en el centro de la agenda y la discusión públicas. No siempre se ha seguido la jurisprudencia mencionada, pero el tratamiento de la cuestión ya no es entendido como algo meramente discrecional para los Estados. Incluso allí donde no se ha seguido esta jurisprudencia, se ha intentado proporcionar justificaciones acerca de por qué se sigue un camino distinto.

En el apartado siguiente revisaremos el estado del debate conceptual sobre este asunto, que en líneas generales –aunque de manera menos uniforme- ha ido evolucionando en la misma dirección que el Derecho Internacional, esto es, en la de exigir un tratamiento a fondo de tales violaciones. Al respecto, se ha producido una retroalimentación entre el desarrollo de la normativa y jurisprudencia internacionales y la reflexión y discusión académicas sobre la materia.

⁵⁹⁹ Entre los cuales resaltan la creación de la Corte Penal Internacional, el establecimiento de varios tribunales ad-hoc para investigar y sancionar violaciones masivas y sistemáticas, la adopción de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas y el desarrollo de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos (al respecto, véase en especial la Observación General N°31, The Nature of the General Legal Obligation Imposed on State Parties to the Covenant, 29 de marzo de 2004, párrafo 18).

6. EL DEBATE EN LA DOCTRINA SOBRE EL TRATAMIENTO DE LAS VIOLACIONES GRAVES A LOS DERECHOS HUMANOS

a) Aspectos generales

Resulta relevante considerar los principales aspectos de la discusión doctrinaria sobre la justicia transicional, puesto que el mismo ha cobrado intensidad en las últimas décadas, a la par que ha crecido sustancialmente la atención de las organizaciones internacionales y de los Estados en esta materia, produciéndose una suerte de retroalimentación. Por la gran importancia política del tema, dicha retroalimentación ha tenido lugar con mucho mayor vigor que en otras áreas con impacto en materia de derechos humanos, tomando parte del debate autores de distintas disciplinas. Es cierto que como muestra Jon Elster en su libro sobre el tema,⁶⁰⁰ desde antiguo ha habido sociedades que se han ocupado de la cuestión de qué hacer respecto de los abusos cometidos (el libro comienza desde la sociedad ateniense), pero los alcances del proceso de globalización actual y el papel que desempeñan los organismos internacionales le han dado otro cariz al asunto en las últimas décadas. Si bien hubo algunas circunstancias históricas en las que más de un Estado participó en la resolución de esta cuestión, no parece haber existido un contexto previo que sea comparable, en el que – como sucede en la actualidad- tantas sociedades de manera simultánea se vieran enfrentadas a resolverlo.

Un antecedente relevante –especialmente por el impacto que tuvo en el desarrollo del Derecho Internacional- lo constituyó la cuestión de la confrontación (parcial) de los crímenes cometidos por el régimen nazi y el de Japón tras la Segunda Guerra Mundial. Al desvelarse la magnitud de las atrocidades cometidas por el régimen nazi, H.L.A.Hart y Lon Fuller debatieron, entre otros aspectos, acerca de si las defensas de los alemanes acusados de tales violaciones podían o no eximirse de responsabilidad invocando la ley existente en la época en que ellas fueron perpetradas. Hart sostenía que la adhesión al estado de derecho debía incluir el reconocimiento de tal legislación previa, por lo que la excusa se fundamentaría. Fuller, en cambio, planteaba que normas con características de las promulgadas por el régimen nazi no calificaban en propiedad

⁶⁰⁰ Elster, *Rendición de Cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica* (cit.).

como jurídicas debido a una serie de carencias procedimentales; además, señalaba que en los casos más graves existe una dicotomía entre dentro de la concepción de un estado de derecho entre el derecho legal procedimental y el derecho moral, debiendo prevalecer este último.⁶⁰¹

Hasta hace un par de décadas, el planteamiento por lejos predominante en la discusión acerca del tema consistía en señalar que los gobiernos democráticos poseían una amplia discreción para determinar si confrontar o no las mencionadas violaciones cometidas por gobiernos predecesores. La transición española es paradigmática a este respecto, si se tiene presente que fue considerada en su momento como un modelo por muchos en América Latina, debido a sus componentes propiamente políticos, a pesar de que evitó de manera deliberada efectuar cualquier confrontación del pasado, incluyendo la promulgación de una amnistía en 1977.⁶⁰²

Luego, en la década de los ochenta, la experiencia argentina mostró los claros y oscuros del asunto. Como antes apuntamos, Argentina marcó un hito al establecer una Comisión de la Verdad y, en lo concerniente a las iniciativas en la esfera judicial, esa experiencia se vio marcada por avances muy importantes en la confrontación de las violaciones graves del pasado, que al cabo de pocos años se vieron frustrados casi por completo, para resurgir a fines de los noventa y mantenerse vigentes con fuerza hasta la actualidad.

En su libro “El futuro de la revolución liberal”, Bruce Ackerman defiende la discreción del Estado al respecto, mostrando lo que llama “el espejismo de la justicia correctiva.”⁶⁰³ Por la época del libro de Ackerman (escrito en 1990), todavía predominaba el uso de la expresión “justicia correctiva” para referirse a la cuestión que venimos analizando, es decir, el de cómo “corregir” un pasado irregular u oscuro. En la actualidad el término más utilizado es el de “justicia transicional”, aludiendo a la justicia en un contexto de transiciones desde dictaduras a democracias o desde guerras civiles a procesos de pacificación.

⁶⁰¹ Para una descripción más detallada del debate entre Hart y Fuller, véase Ruti Teitel, *Transitional Jurisprudence: The Role of Law in Political Transformation*; en: *Yale Law Journal*, Volumen 106 (1997), pp. 2009-2080. La descripción mencionada aparece en pp. 2018-2020.

⁶⁰² Elster, *cit.*, pp.79-81.

⁶⁰³ Bruce Ackerman, *El futuro de la revolución liberal*, Ariel, Barcelona, 1995.

Para Ackerman, los procesos de transición constituyen oportunidades para un momento fundacional. Aunque su análisis toma como ejemplos principales los países de Europa del Este recién salidos de los regímenes comunistas, también se refiere a Argentina y otros Estados. Ackerman sostiene que en tales situaciones se da un contexto que no debe desaprovecharse para sentar las bases de un nuevo régimen, democrático-liberal, lo que él llama “el momento constitucional.” La cuestión de la justicia correctiva debe, por lo mismo, a su juicio, considerarse subordinada a lo anterior. De allí que lo que tengamos que preguntarnos es en qué medida la demanda de una justicia correctiva compite con la necesidad de una acción constitucional efectiva. Para Ackerman, dicha justicia solo deberá extenderse hasta donde sea funcional al establecimiento de un régimen fundacional democrático.

Pero el propio autor se encarga de señalarnos que esa funcionalidad será escasa, efectuando el siguiente contrapunto: “[u]n acento en la justicia correctiva dividirá la ciudadanía en dos grupos: malhechores y víctimas inocentes. Un énfasis en el establecimiento de una Constitución invita a los ciudadanos a dejar atrás el pasado y a pensar en cómo pueden contribuir a una definición del nuevo orden.”⁶⁰⁴ Ackerman, en consecuencia, no solo considera que el Estado goza de una legítima discreción respecto de si tratar o no las violaciones graves del pasado, sino que como regla general –casi absoluta- desaconseja que se emprenda ese tipo de iniciativas. En especial, él resalta el hecho de que por más que en apariencia el estado de cosas sea enteramente nuevo, casi siempre habrá serias dependencias de carácter burocrático respecto de miembros del aparato administrativo y judicial que provienen del régimen anterior y que a menudo dificultarán la implementación de tales iniciativas.⁶⁰⁵ En este sentido observa que “[e]l liderazgo revolucionario no puede mirar las burocracias estatales y los tribunales con demasiada confianza. Estos suelen estar dominados por representantes del viejo régimen que fácilmente pueden sabotear la ejecución de nuevas políticas”, añadiendo que “[e]sta singular combinación –alto capital moral, baja capacidad burocrática- debe ser

⁶⁰⁴ Ídem, pág. 77.

⁶⁰⁵ Esto recuerda la situación post Revolución Francesa, en la que la presencia de numerosos jueces provenientes del Antiguo Régimen entorpecía la aplicación de las nuevas leyes, lo que llevó –como reacción- al absurdo lógico de que Napoleón prohibiera a los jueces la interpretación de estas, debiendo limitarse a aplicarlas de manera mecánica (como si ello fuera posible desde un punto de vista lógico). Una situación análoga se vivió en Bavaria. Véase, Franz Neumann, El Estado Democrático y el Estado Autoritario, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1968, pp. 43 ss.

recordada con firmeza cuando los revolucionarios triunfantes tratan de controlar la tensión entre justicia correctiva y la ordenación constitucional. Las reacciones con respecto al pasado deben ser cuidadosamente enmarcadas a la luz de la predecible debilidad burocrática.”⁶⁰⁶

En particular, Ackerman subraya la dificultad para llevar adelante juicios penales, deteniéndose también al respecto en la experiencia de Argentina, a que antes nos hemos referido. Incluso en el evento de que pueda avanzarse en tales procesos, ellos se prolongarán enormemente en el tiempo, entorpeciendo el fortalecimiento constitucional-institucional. Pero su escepticismo no se circunscribe a los procesos judiciales, sino que se extiende a los esfuerzos por alcanzar la verdad de lo sucedido por otros mecanismos. Así, en relación con la que suele ser fuente de información crucial - de los archivos del régimen anterior que puedan dar cuenta de las violaciones y sus perpetradores-, es lapidario, aconsejando: “Quemarlos. Si los archivos se conservan, los miembros del nuevo gobierno sentirán la tentación de usarlos para chantajear a la oposición.”⁶⁰⁷

Finalmente, el autor en análisis se pregunta acaso no se puede hacer nada para corregir las graves injusticias del pasado, respondiendo que únicamente si se apunta “cuidadosamente a las peores injusticias y de manera tal que esté dentro de las débiles capacidades burocráticas del régimen emergente”, agregando que el paso más importantes es “la creación de un fondo especial de compensación. Esta acción única tendría dos grandes ventajas. La primera es de naturaleza administrativa, [...] permitiría al nuevo gobierno crear una burocracia dedicada a administrarlo.”⁶⁰⁸

El mismo año del libro de Ackerman recién descrito, es decir, en 1990, José Zalaquett, una de las figuras latinoamericanas más relevantes en este tema y que después fuera miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, escribía en un artículo que desde el momento de su publicación ocupó un lugar destacado en la discusión al respecto: “[l]a cuestión central respecto de los límites posibles a la clemencia es: ¿puede el derecho internacional imponer siempre a los estados la

⁶⁰⁶ Ackerman, *cit.*, p. 78.

⁶⁰⁷ Ídem, p. 86.

⁶⁰⁸ Ídem, p. 97.

obligación de sancionar ciertos crímenes? Esta es una materia que todavía se halla en elaboración teórica y normativa y las opiniones de los expertos son, por lo mismo, tentativas.”⁶⁰⁹ Zalaquett añadía que “establecer estándares que son demasiado rígidos y poco prácticos podría también minar a un nuevo gobierno y sus intentos por adherir a los principios de derecho internacional. En situaciones de transición los gobiernos a menudo no poseen el poder para llevar adelante las obligaciones positivas de confrontar los abusos a los derechos humanos del pasado.”⁶¹⁰

Por la misma época, en 1991, en un artículo que sería pieza central en el debate posterior, Diane Orentlicher escribía que un Estado de Derecho requiere la persecución de crímenes especialmente atroces y que “principios recientemente desarrollados en el derecho internacional, tanto consuetudinario como convencional, imponen obligaciones significativas a este respecto”, explicitando que “estos deberes implican dejar atrás la aproximación tradicional del derecho internacional de los derechos humanos. A pesar de que ha sido reconocido desde hace largo tiempo –añade– que el derecho internacional exige de los estados el respeto y garantía de los derechos humanos, ese mismo derecho generalmente ha permitido a los estados determinar cómo cumplir sus obligaciones. Pero estas medidas empleadas para garantizar los derechos humanos no son más objeto de una amplia discreción por parte de los gobiernos cuando es el núcleo de los derechos fundamentales el que amerita una protección especial.”⁶¹¹

Para Orentlicher, al operar bajo este planteamiento, el Derecho Internacional proporciona una base de sustentación a sistemas democráticos frágiles, situando el problema más allá del solo Estado respectivo, al involucrar a la comunidad internacional. Esto, para la autora, tiene un efecto preventivo de gran relevancia para evitar la comisión de violaciones análogas en el futuro. Así, ella se pregunta: “Si el Derecho no se encuentra disponible para sancionar la brutalidad masiva del pasado,

⁶⁰⁹ José Zalaquett, *Confronting Human Rights Violations Committed by Former Governments: Applicable Principles and Political Constraints*; en: *Hamline Law Review*, Volumen 13 N° 3, Verano 1990, pp. 623-660. La cita es de p. 639 (esta y las demás traducciones de pasajes de este artículo son mías).

⁶¹⁰ Ídem, p. 626.

⁶¹¹ Diane F. Orentlicher, *Settling Accounts: The Duty To Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime*, *Yale Law Journal*, Vol. 100, pp. 2539-2618. La citas son de páginas 2540 y 2541, respectivamente. Las traducciones son mías. Este artículo fue publicado conjuntamente con el de Carlos Nino, cit. Además, el mismo volumen del *Yale Law Journal* incluye, de Diane Orentlicher, *A Reply to Professor Nino*, en pp. 2641-2643.

¿que lección puede ofrecer para el futuro? La carencia completa de aplicación del Derecho vicia la autoridad de este en sí mismo, minando su poder de disuadir la conducta proscrita.”⁶¹²

Orentlicher también resalta que el Derecho Internacional, al dotar de una dimensión jurídica al problema de la confrontación de las violaciones graves a los derechos humanos, contribuye a despolitizar el tema y a que las iniciativas que se lleven adelante al respecto no sean vistas como el producto de un revanchismo político.

En una línea análoga, Juan Méndez –quien fuera miembro de la Comisión Interamericana de Derechos y en la actualidad se desempeña como Director de una institución dedicada especialmente al tema, el Center for Transitional Justice- observa cómo hasta hace un par de décadas existían fuertes cuestionamientos no sólo respecto de las iniciativas judiciales en la materia, sino incluso en relación con las Comisiones de Verdad, que presuntamente podría resultar desestabilizadoras para el régimen democrático en ciernes. Méndez subraya que “[l]a naturaleza de la transición a la democracia en sí misma significa que existe un asunto inconcluso con respecto a cómo ponemos distancia entre los desafíos del presente y los traumas del pasado reciente.”⁶¹³ Además, llama la atención sobre el hecho de que los crímenes contra la humanidad –que en el estado actual del Derecho Internacional requieren ser objeto de prosecución y sanción judiciales- se refieren en lo fundamental a aquellos derechos que no pueden ser suspendidos ni siquiera en Estados de Excepción Constitucional; por lo mismo, la prohibición de amnistiar de *iure* o de facto resulta plenamente coherente con el tratamiento que la normativa internacional efectúa en otros ámbitos.

Constatando la evolución que ha tenido lugar en el debate sobre el tema, a fines de la década de los noventa, Zalaquett apuntaba que “[l]a doctrina internacional sobre esta materia ha ido evolucionando por acumulación gradual, a medida que se van aprendiendo lecciones de las nuevas transiciones políticas”, anotando que “mis puntos de vista también se han ido desarrollando por ‘acumulación gradual’.”⁶¹⁴ Su perspectiva

⁶¹² Ídem, p. 2543.

⁶¹³ Juan E. Méndez, In Defense of Transitional Justice; en A. James McAdams, (ed.), *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, University of Notre Dame Press, pp. 1-26; la cita es de p.3.

⁶¹⁴ Zalaquett, *Procesos de Transición a la Democracia y Derechos Humanos en América Latina* (cit.). Ambas referencias son de página 1.

acerca de los estándares internacionales se ha modificado, como asimismo ha cambiado, según veíamos en el apartado anterior de este capítulo, la interpretación que los órganos internacionales de derechos humanos hacen sobre los alcances de tales estándares. Sin perjuicio de ello, subsisten dilemas. Así, escribe Zalaquett: “un mandato específico (por ejemplo, el mandato que dicta que siempre se deben castigar las violaciones graves a los derechos humanos) forma parte del derecho internacional vigente en materia de derechos humanos. Estos últimos puntos no son de ningún modo simplemente teóricos. Las discrepancias con respecto a las reglas o sistemas éticos que deben aplicarse a los procesos de transición y al contenido específico de dichos sistemas han causado serias divisiones entre los actores y los observadores de las transiciones mencionadas.”⁶¹⁵

En una perspectiva de confrontar el pasado, en su libro "Más allá del estado nacional", Jürgen Habermas describe el sentimiento de algunos sectores en Alemania que se preguntan hasta cuándo tendrán que convivir con "el convidado de piedra" de Auschwitz. Les parece a ellos que concluida ya la división de Alemania se entra a una nueva etapa en la que debería dejarse de lado ese "fantasma", de manera que Alemania se convierta de nuevo en un estado "normal", liberado del recuerdo autocrítico de Auschwitz, que resultaría ser algo así como un estigma.

Habermas no comparte ese sentimiento ni esas afirmaciones y piensa que esa mirada al pasado es crucial para echar bases sólidas para la construcción de la sociedad en el futuro. El da cuenta en su libro de cuánto tardó todo el proceso de autocritica colectiva frente a los horrores del pasado. Así, señala que el 8 de mayo de 1945, en que se produjo la capitulación nazi ante los Aliados, no se consideró por décadas como el día de la liberación; esto recién se fue cimentando socialmente a partir de los años sesenta y sólo en 1985 hubo un reconocimiento oficial, del Presidente de la República Federal de Alemania von Weizsäcker, en tal sentido.

Luego, Habermas nos remite a una célebre conferencia de Adorno de 1959, titulada “¿Qué significa hacer frente al pasado aclarándolo?”, observando que “desde entonces, el término *Aufarbeitung*, que se refiere a hacer frente a una cosa, a darle término aclarándola a conciencia y a fondo, se ha impuesto entre nosotros [los

⁶¹⁵ Ídem, pp. 4-5.

alemanes] en relación precisamente con nuestro pasado.”⁶¹⁶ “La respuesta de Adorno – señala Habermas– es ambivalente. Por una parte, insiste en la necesidad de una inmisericorde reflexión sobre un pasado humillante que nos confronta con “nosotros mismos” que es muy distinto de aquel que creíamos ser y que quisiéramos ser. Por otra parte, este tipo de reflexión solo puede tener efectos curativos si no se la emplea como un arma contra nosotros, sin que opera desde dentro como una reflexión sobre nosotros mismos, es decir, como una autorreflexión.”⁶¹⁷

El problema, anota Habermas, posee una doble dimensión, individual y social. Así, por una parte, escribe que “[u]na autointerpretación coherente y veraz solo podemos alcanzarla apropiándonos críticamente nuestra propia biografía y asumiéndola responsablemente”⁶¹⁸, lo cual tiene, a su juicio, validez en las dos dimensiones mencionadas. En el ámbito colectivo, ello se manifiesta en “en el contexto del entendimiento ético-político que como ciudadanos de una comunidad podemos emprender desde la perspectiva de la primera persona del plural, sobre todo cuando esa comunidad vive hipotecada por un pasado políticamente criminal.”⁶¹⁹

Habermas también se refiere a una implicancia del dilema de si confrontar o no las violaciones graves del pasado que ha constituido uno de los argumentos centrales de quienes han impugnado las normas de amnistías por tales crímenes ante los órganos internacionales de derechos humanos: la cuestión de la igualdad. Ello, en el sentido de que dejar impunes abusos de tal envergadura implica otorgar un tratamiento desigual respecto de un asunto crucial, lo cual tendría efectos no solo en relación con lo ocurrido en el pasado sino también con la perspectiva futura de una democracia y un estado de derecho. Al respecto, Habermas apunta que “cuanto menos un contexto de vida permitió antaño en su interior la igualdad de derecho y una comunidad digna del hombre, y cuanto más se mantuvo antaño hacia el exterior mediante la usurpación y la destrucción de la vida ajena, tanto más cuestionable se ha vuelto la continuidad de esas tradiciones que determinan la identidad de la comunidad, y tanto mayor resulta la carga que

⁶¹⁶ Jürgen Habermas, *Más Allá del Estado Nacional*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, pág. 52.

⁶¹⁷ Ídem, pp. 52-53.

⁶¹⁸ Ídem, p. 53.

⁶¹⁹ Ídem, p. 54.

representa la herencia de unas tradiciones que, al hacerlas nuestras, hemos de someter a una concienzuda revisión.”⁶²⁰

Lo anterior resulta de especial importancia en un contexto de sociedades caracterizadas por el pluralismo social, cultural y acerca de las opciones del mundo, en el cual el Derecho desempeña un papel principal en la generación de principios y procedimientos. “Estos principios –escribe Habermas- solo pueden echar raíces en las motivaciones de los ciudadanos, después de que la población haya hecho buenas experiencias con sus instituciones democráticas y se haya *acostumbrado* a esa situación de libertad política.”⁶²¹

Ello –plantea el autor- implica la confrontación por diversas vías, incluyendo el debate público, la búsqueda de la verdad de lo acaecido y la justicia civil y penal. En definitiva, esta confrontación sería funcional al desarrollo constitucional democrático, al contrario de lo que apuntaba Ackerman.⁶²²

Se trata de un aspecto de gran relevancia, que ha sido levantado reiteradamente en el debate sobre los alcances de la confrontación del pasado en diversos países de América Latina. Si lo que se pretende es echar las bases para una convivencia democrática, en la que todos gocen de iguales derechos, es relevante que ello no se frustre en el mismo punto de partida. Hacer una especie de “tabla rasa” en relación con las violaciones graves y masivas del pasado significaría precisamente eso, manteniendo al comenzar una nueva etapa el status desigual existente durante el régimen político anterior, que infringió derechos básicos de un gran número de personas. Ello transmitiría el mensaje a la naciente democracia de que en su interior subsisten dos grupos diferenciados: uno que puede evitar la sanción (y eventualmente incluso el

⁶²⁰ Ídem.

⁶²¹ Ídem, p.77.

⁶²² Habermas anota que “la represión y ocultación de convicciones y formas de comportamiento retrospectivamente devaluadas ni siquiera sirve a la estabilización de las autoimágenes, es decir, de las imágenes que uno hace de sí; pues las verdades a medias son muy difíciles de controlar, y en todo momento pueden rasgar o destruir el velo de una autocompresión ilusiva o que, aunque no sea ilusiva resulte incómoda por lo mal construida que está. De ello ofrece, por lo demás, un buen ejemplo la propia historia de la República Federal de Alemania. En las condiciones favorables del período de posguerra, se había desarrollado una población que parecía quedar a resguardo de las crisis económicas, algo así como una ‘confianza en el sistema’ basada en la prosperidad económica y en los efectos sociales de ésta; pero solo a través de la discusión normativa provocada en los años sesenta acerca del pasado nazi esa ‘confianza’ se transformó en una lealtad a la Constitución, que quedó anclada en las convicciones de una cultura política liberal.” Ídem, pp. 76-77.

esclarecimiento de lo ocurrido) respecto de crímenes de la mayor gravedad que hayan cometido y otro que queda sujeto a las normas jurídicas – penales y de otro carácter- en toda su extensión. Si bien lo anterior se vuelve especialmente gravoso tratándose de las víctimas de las pasadas violaciones, en realidad el mensaje es de un alcance que va más allá todavía, ya que todo el resto de la población (la que no se vio involucrada en los crímenes cometidos) queda en esta posición desmejorada. Esto implica un mensaje tácito de que en la naciente democracia existen ciudadanos de primera y de segunda categoría.

b) El papel de los jueces

Otra incidencia de este debate se refiere al papel de los jueces. El rol que ellos desempeñen respecto de las violaciones graves del pasado marcará en una medida importante el papel que ellos jugarán en una democracia naciente. Varias comisiones de verdad latinoamericanas – como las de Chile, El Salvador y Guatemala, entre otras- han llamado la atención sobre esta relación, formulando recomendaciones para el fortalecimiento de la protección de los derechos humanos por los tribunales.⁶²³ Además, la experiencia comparada muestra que los jueces latinoamericanos han solido ser muy sensibles a los requerimientos de los actores políticos y de la opinión pública en relación con la actitud a asumir acerca de los abusos de previos regímenes.⁶²⁴

Por ejemplo, en el caso de Argentina, los jueces adoptaron una actitud activa en los primeros años de la transición, cuando el gobierno impulsaba las investigaciones y predominaba en la opinión pública un reclamo por la necesidad de llevarlas a cabo. Posteriormente, con la promulgación de las normas de amnistía la actitud de los jueces se tornó más pasiva. Es cierto que dichas normas limitaban el poder de los jueces, pero como se verá más adelante, cuando estuvieron dispuestos a ello los jueces encontraron “forados” en tales normas, que permitieron reabrir las investigaciones. Esto ocurrió a partir de fines de la década de los noventa, en un contexto en el que varios miembros de las Fuerzas Armadas habían reconocido su participación y descrito hechos gravísimos

⁶²³ Véase Pablo de Greiff, El esclarecimiento de la verdad, la confianza cívica y la norma de derecho; en: *Revista Tribuna Americana* N°6: Justicia en Procesos de Transición Política, Casa de América, Madrid, Primer Semestre 2006, pp. 16-31, especialmente pp. 18-20.

⁶²⁴ Véase Naomi Roth-Arriaza, Truth Commissions and Amnesties in Latin America: The Second Generation; *American Society of International Law Proceedings*, 1-4 de abril, 1998.

(como el que numerosas personas desaparecidas habían sido arrojadas desde aviones al Río de la Plata) y en el que la presión internacional, a través de decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y las investigaciones en otros países sobre las violaciones en Argentina, se volvía creciente.⁶²⁵

Lo mismo queda en evidencia en el caso chileno, en el que la reacción oficial de la judicatura – a través de una declaración oficial de la Corte Suprema- al Informe de la Comisión de Verdad, que criticaba severamente su pasividad durante la dictadura, fue la de descalificar tal Informe.⁶²⁶ Hasta el final del gobierno de Pinochet, el Decreto Ley de Amnistía fue interpretado por los tribunales de manera muy estricta, cerrando inmediatamente los casos una vez comprobado que ellos habían ocurrido durante el período comprendido por la amnistía. Además, hubo muy escasas investigaciones sobre las violaciones ocurridas en el período no cubierto por la amnistía, a pesar de la ausencia de impedimento legal alguno para ello. Ante esta situación, al difundir públicamente el Informe de la Comisión de Verdad, el entonces Presidente Aylwin propuso una reinterpretación de la norma, consistente en que no se cerraran las causas sin previamente investigar e identificar en lo posible los hechos y los responsables. Así, muchos tribunales acogieron la iniciativa y fueron evolucionando en su interpretación de la amnistía, en un proceso no exento de retrocesos promediando la década de los noventa. Posteriormente, desde finales de dicha década, y en especial a partir de la detención de Pinochet en Londres, los tribunales chilenos, en relación con las causas de detenidos desaparecidos, han acogido la interpretación que considera la desaparición como secuestro, y como tal, lo han calificado como delito permanente hasta que no se encuentren los restos de la persona desaparecida, con lo que las investigaciones se mantienen abiertas y hay posibilidad de encontrar los restos e identificar a los responsables. Además, señalan que al no conocerse la fecha de la muerte ni el destino

⁶²⁵ International Center for Transitional Justice, *Accountability in Argentina: 20 years later, Transitional Justice Maintains Momentum*, Case Study Series, Nueva York, agosto 2005, especialmente pp.3-4. Tomado del sitio web www.ictj.org

⁶²⁶ El Informe dedicó un capítulo especial al papel pasivo desempeñado por los jueces frente a las violaciones a los derechos humanos durante la dictadura, señalando que no obstante sus carencias, las normas legales que existían le permitían a los tribunales un margen amplio para proteger los derechos de las personas, lo que ellos hicieron solo en muy pocos casos. Por ejemplo, cuando se interponían habeas corpus, los tribunales los rechazaban basados en la mera declaración escrita de la autoridad respectiva, sin efectuar ninguna diligencia adicional. Establece además la Comisión de Verdad que, recurriendo al pretexto de que la aplicación de la ley debe ser hecha de manera estrictamente literal, los tribunales vaciaron de sentido a aquellas normas de protección de los derechos humanos que subsistían.

de las personas, es posible que los delitos cometidos excedan la fecha comprendida en el Decreto Ley de Amnistía.

Lo anterior condujo a una serie de condenas de los perpetradores de tales delitos, lo cual fue ratificado por primera vez por la Corte Suprema en 2004. Este pronunciamiento se produjo en un contexto marcado por la inminente entrega del informe de la Comisión sobre Tortura y Prisión Arbitraria al entonces Presidente Lagos, el desarrollo de la investigación sobre las cuentas de Pinochet en el extranjero, su *modus operandi* para encubrir las con nombres falsos, las nuevas solicitudes de desafuero para Pinochet en virtud del avance de las investigaciones judiciales en Argentina por el asesinato al ex General Prats y su esposa, la reforma estructural de la justicia criminal (con la promulgación de un nuevo código en la materia después de un siglo, que transformó completamente el sistema de enjuiciamiento en la materia), así como por otros hechos. De allí en adelante los tribunales chilenos han continuado con las investigaciones y la sanción de los perpetradores, encontrando el respaldo de la Corte Suprema. La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Almonacid a fines de 2006, a la que antes nos hemos referido, declarando la incompatibilidad de la amnistía chilena con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha venido a consolidar esta tendencia hacia el logro de la justicia respecto de las violaciones del pasado en Chile. Todo lo anterior demuestra cómo los tribunales evolucionan en relación con el tratamiento de las violaciones del pasado en función del contexto político y social.⁶²⁷

La conexión entre la actitud de los jueces frente a las violaciones graves del pasado y su papel acerca de la protección de los derechos humanos en un nuevo contexto democrático se refleja de varias maneras. Una que resalta especialmente es la medida en que los tribunales emplean o interpretan las cláusulas generales en la materia. Dado que en los textos constitucionales los derechos aparecen consagrados en términos amplios, resulta decisiva para su eficacia la interpretación que les den los jueces.

En América Latina, históricamente ha predominado el corporativismo judicial, el que ha tenido como complemento una perspectiva formalista de los jueces acerca de su papel. Ambas características se han retroalimentado. Remontándonos en el tiempo,

⁶²⁷ Para una visión de conjunto sobre el caso chileno en la confrontación del pasado, véase Elizabeth Lira y Brian Loveman, *Políticas de reparación: Chile 1990-2004*, LOM Ediciones, Santiago, 2005.

puede sostenerse que esta visión correspondía a aquella etapa histórica en la cual no existía en propiedad independencia de los jueces respecto de los poderes políticos. En rigor, ni siquiera regía el principio de separación de los poderes públicos. Cuando este principio se desarrolló, primero en Europa Continental y luego en América Latina, colocó al Poder Judicial en una posición desmedrada respecto de los otros poderes. En efecto, se entendió originalmente este principio de separación de los poderes públicos como imponiendo serias trabas al control judicial de la actividad de los otros poderes. En otras palabras, cada poder debía permanecer en el ámbito de su propio reducto. Pero la definición de lo que constituía el propio reducto generalmente fue hecha de manera restrictiva en lo que a las facultades de los jueces se refería. Esto los situaba, como hemos dicho, en una posición desmedrada, puesto que eran los poderes políticos los que dictaban las normas jurídicas de aplicación general, siendo tales normas objeto de poca supervisión judicial.⁶²⁸

En diversos países de América Latina esta perspectiva formalista se ha fundado a menudo en una visión distorsionada del positivismo jurídico. Según esta visión, el rol de los jueces en la decisión de los casos sometidos a su conocimiento estaría reducido al de aplicadores de las normas jurídicas, entendiéndose “aplicación” como una tarea básicamente (cuando no exclusivamente) silogística, es decir, lógico-deductiva, sin que el juez aportase nada verdaderamente relevante en la decisión final alcanzada en la gran mayoría de los casos. Esta visión se halla emparentada con algunos desarrollos iniciales del positivismo jurídico en la primera mitad del siglo XIX (fundamentalmente con la Escuela de la Exégesis, que también defendía la tesis de la separación radical entre los poderes públicos a la que antes hemos hecho mención), pero desatiende la evolución del positivismo jurídico en los 150 años posteriores ⁶²⁹. Así, en el propio Kelsen - autor positivista paradigmático y cuyos puntos de vista son en no pocas ocasiones

⁶²⁸ Esta era la tesis que sustentaba Montesquieu, uno de los principales ideólogos de la Separación de los Poderes, y que, por lo mismo, ejerció una gran influencia respecto de sus alcances. Véase, Montesquieu, *Del Espíritu de las Leyes*, Claridad, Buenos Aires, 1971.

⁶²⁹ Como señala Engisch, “[e]l problema resulta del hecho de que, en cada subsunción verdaderamente nueva, el caso a subsumir se diferencia siempre en algo de los casos que hasta ese momento están ordenados en la clase, y, por consiguiente, se presenta siempre a los juristas, que están sujetos al principio de igualdad, la torturante cuestión de si esta diferencia es fundamental o no”, añadiendo más adelante que “[l]a interpretación no sólo proporciona el material de comparación para la subsunción, sino también el punto de referencia para la comparación. Decide con esto simultáneamente acerca de aquellos momentos del material de comparación y de los supuestos de hecho subsumibles, entre los que es preciso establecer comparación.” Ambas citas son de Karl Engisch, *Introducción al Pensamiento Jurídico*, Guadarrama, Madrid, 1967, p.79.

desfigurados en estos debates- puede apreciarse cómo sus tesis se apartan sustancialmente de las de la Escuela de la Exégesis en este punto, al sostener que el acto jurisdiccional comprende tanto un aspecto de aplicación como otro de creación de derecho.⁶³⁰

Esta perspectiva judicial predominante se ha reflejado también en una falta de atención hacia los principios del sistema jurídico en general y hacia los derechos fundamentales en particular. Si bien desde las primeras constituciones políticas, promulgadas en Latinoamérica después de los procesos de independencia, se han incorporado catálogos de garantías de derechos humanos, lo cierto es que históricamente tales catálogos han resultado ser escasamente operativos. La vinculación entre los principios del sistema jurídico y los derechos fundamentales es evidente en un régimen democrático: precisamente, estos derechos constituyen el núcleo de tales principios, que sirven de marco para la comprensión de un sistema jurídico de raigambre democrática.

Estas ideas, desarrolladas latamente por la teoría del derecho en el siglo XX, así como por la jurisprudencia de distintas tradiciones (del Common Law y del Derecho Continental Europeo) no han sido, sin embargo, suficientemente recogidas por los jueces latinoamericanos. Conforme a la tendencia predominante en éste, en el sistema jurídico el papel central lo desempeñan las normas, concibiéndose los principios como entidades vagas y genéricas, a los que solo procede recurrir de manera supletoria, en ausencia de normas presumiblemente claras aplicables al caso. En este sentido, la jurisprudencia predominante en materia constitucional en una serie de países latinoamericanos mantiene la concepción contenida en los códigos civiles vigentes desde el siglo XIX. Los principios constitucionales, en consecuencia, no solo no son aplicados directamente por los jueces para la resolución de los casos que llegan a su conocimiento, sino que – salvo contadas excepciones- tampoco son empleados como herramienta para ilustrar las decisiones judiciales.⁶³¹

⁶³⁰ Véase Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, EUDEBA, Buenos Aires, 1986, pp.166-67.

⁶³¹ Este escaso desarrollo de los principios constitucionales en las sentencias genera una serie de deficiencias. Por una parte, los tribunales dejan de lado una importante labor como entes generadores de bienes públicos. Ese bien público se generará cuando los tribunales – a través de sus sentencias – sean capaces de entregar información acerca de cuál es el sistema normativo, acerca de cuáles son las titularidades de que estamos provistos los sujetos y de producir arreglos institucionales. A través de este

Todo lo anterior resulta aun más complejo en un contexto de nuevas constituciones – más garantistas- en muchos países de América Latina, así como de las medidas adoptadas para incorporar los estándares internacionales de derechos humanos en el derecho interno de los Estados. A la salida de regímenes dictatoriales que, como hemos anotado, violaron los derechos humanos a gran escala, uno de los principales esfuerzos en muchos países de la mencionada región ha ido dirigido a establecer un nuevo conjunto de bases constitucionales, generalmente a través de la adopción de una nueva Constitución, teniendo como uno de sus objetivos centrales el fortalecimiento de la protección de los derechos humanos. Esto ha incluido el diseño de catálogos de derechos más modernos y abarcadores, así como mecanismos procesales adicionales para su salvaguarda. Además, mediante distintas fórmulas –unas más explícitas que otras- muchas constituciones latinoamericanas le reconocen actualmente un status más elevado a los estándares internacionales de derechos humanos que a los demás parámetros internacionales. Sin embargo, sin jueces que adopten una actitud proactiva frente a tales reformas, estas –como ha sido la regla históricamente en América Latina- quedarán en el papel.

Al relacionar lo recién expuesto con el tratamiento que dan los jueces a los abusos graves del pasado, pueden presentarse a lo menos dos importantes tipos de inconsistencias. La primera, que los tribunales adopten respecto de los nuevos temas y casos de derechos humanos esa actitud proactiva, más protectora de los derechos, a que recién hacíamos mención, al tiempo que mantengan un perfil formalista y restrictivo para tratar los casos del pasado. La segunda posible inconsistencia – que, en realidad, es

tipo de información, los ciudadanos tendrán conocimiento sobre la práctica de los tribunales y cómo se realiza el contenido de nuestros derechos, cuestión que, en definitiva, delimitará las pretensiones ante ellos. Además, la situación recién descrita, esto es, la falta de un desarrollo jurisprudencial significativo, desalienta el trabajo en base a casos en las escuelas de derecho. Los profesores no se verán motivados a desarrollar trabajos de análisis respecto a sentencias que no proporcionen un razonamiento jurídico significativo. De alguna manera, pareciera tratarse de un círculo vicioso, ya que un factor relevante en este desalentador desarrollo de principios constitucionales en las sentencias de los tribunales nacionales, lo constituye la falta de argumentaciones innovadoras de los abogados que litigan, que lo hacen en torno a los conceptos rígidos y formalistas que se les ha inculcado en sus escuelas. Además, y como resulta obvio, los abogados que litigan lo hacen con miras a alcanzar un objetivo: obtener una sentencia favorable. Siendo así, los abogados se ven en cierto modo forzados a seguir argumentando de la manera en que tradicionalmente se ha hecho. Este es un dilema al que no se encuentran ajenas las instituciones que promueven causas de interés público ante los tribunales, especialmente cuando ellas aspiran tanto a obtener nueva jurisprudencia como a promover transformaciones en el modo de argumentar de (y ante) los tribunales. De ello resulta que en cada caso deba ponderarse hasta qué punto la introducción de nuevas formas de argumentación favorece la incorporación de nuevos criterios interpretativos y nueva jurisprudencia y en qué punto ello puede pasar a ser contraproducente para alcanzar dicho objetivo.

una variante de la primera- consiste en que los jueces hagan uso de los estándares internacionales recogidos en el sistema jurídico interno para los nuevos temas y casos, pero que hagan caso omiso de ellos (o solo los empleen declarativa, retóricamente, sin que incidan en lo sustantivo de la decisión) para confrontar las violaciones del régimen anterior.

Un contexto así, que, como hemos señalado, tiene lugar en muchos países latinoamericanos, en el cual se pretende, por una parte, fortalecer el rol del sistema judicial en la protección de los derechos humanos (para las afectaciones actuales a los mismos) y, por otra, se los intenta inhibir respecto de las más graves afectaciones de los mismos (acaecidas bajo un gobierno previo) resulta en el mediano plazo insostenible. Así ha quedado probado en una serie de países en los que inicialmente (al comienzo de las transiciones y de las reformas constitucionales) se apreciaban tales inconsistencias, y donde estas fueron diluyéndose posteriormente, hasta llegar a un papel más proactivo de los tribunales también respecto de las violaciones del pasado.

7. EL ALCANCE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES INVOLUCRADOS Y LAS LIMITACIONES RECÍPROCAS ENTRE DERECHOS

a) ¿Cuáles son los derechos afectados?

Como se aprecia de lo expuesto anteriormente, tanto la evolución que ha tenido lugar a nivel del Derecho Internacional acerca de la confrontación de las violaciones graves cometidas por gobiernos previos, como en la discusión doctrinaria en la materia, se han desarrollado en ausencia de parámetros jurídicos específicos explícitos. Así, con unas mismas normas internacionales, por vía interpretativa, se ha ido consolidando una tendencia a sostener que ellas exigen de los estados que emprendan iniciativas en pos de dicha confrontación.

En términos jurídicos, el eje ha radicado en el alcance que –a través de esa vía interpretativa- se les ha venido reconociendo a determinados derechos fundamentales. En el caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos –que, como hemos anotado, es el que ha desarrollado un *corpus iuris* pionero al respecto- dos han sido los

derechos fundamentales en los que se ha focalizado la jurisprudencia: el concerniente a las garantías judiciales y el referido a la protección judicial, ambos en relación con los derechos humanos. Ellos han sido analizados por los órganos del sistema interamericano en relación con el artículo 1.1. de la Convención Americana, relativo a los obligaciones generales de los Estados en relación con los derechos humanos.

El derecho a las garantías judiciales aparece consagrado en el artículo 8.1 del mencionado instrumento internacional. Se encuentra mencionado expresamente entre los derechos no susceptibles de ser suspendidos bajo Estados de Excepción Constitucional, cuando dichas garantías sean indispensables para la protección de los demás derechos no susceptibles de suspensión.⁶³² La Corte Interamericana, en una de sus primeras Opiniones Consultivas, en los años ochenta, se refirió específicamente a esta materia. Como la Convención Americana no indica en forma explícita cuáles son las garantías judiciales indispensables, el tribunal, mediante una interpretación sistemática de varias disposiciones de dicho instrumento, concluyó que “son aquéllas a las que ésta [la Convención] se refiere expresamente en los artículos 7.6 y 25.1, consideradas dentro del marco y según los principios del artículo 8, y también las inherentes a la preservación del Estado de Derecho, aun bajo la legalidad excepcional que resulta de la suspensión de garantías.”⁶³³

El artículo 8.1 establece que “[t]oda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.” La Corte ha señalado que el título del artículo 8 (“Garantías Judiciales”) “puede inducir a confusión porque en ella no se consagra un medio de esa naturaleza en sentido estricto.

⁶³² La expresión “suspensión de derechos” no es la más afortunada, ya que induce a pensar que en ciertas circunstancias algunos derechos pueden ser dejados sin efecto, cuando en realidad de lo que se trata es de limitaciones temporales y acotadas a tales derechos, adicionales a las que pueden tener lugar en contextos de normalidad constitucional. La empleamos aquí solo por ser la utilizada en los instrumentos internacionales, de manera de evitar confusiones.

⁶³³ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-9/87, de 6 de octubre de 1987, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, párrafo 38. Revísese también, Cecilia Medina Quiroga, *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia (vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial)*, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 2005, especialmente pp.380 y siguientes.

En efecto –añade el tribunal-, el artículo 8 no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención.”⁶³⁴ La Corte agrega que lo que hace la mencionada disposición es consagrar el derecho a un debido proceso legal, que es aplicable a todas las garantías judiciales, incluso bajo Estados de Excepción.⁶³⁵

Una primera lectura de esta disposición podría conducir a la conclusión de que, sin perjuicio de que su alcance sea amplio en lo referido a asuntos más allá de la materia penal, en lo que a ésta concierne lo que se garantiza es únicamente un conjunto de garantías al imputado. De hecho, en no pocas legislaciones internas el Estado posee el monopolio de la acción penal para la mayoría de los delitos. El problema se planteó al momento de conocer la Comisión Interamericana la ley de amnistía uruguaya. No es casualidad que ella se denominara – como hemos apuntado antes en este trabajo- “Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado”, ya que en dicho país el Estado posee el monopolio de la acción penal. El Gobierno de Uruguay argumentó que en su sistema procesal no se contempla el derecho de presentar una demanda criminal, ya que la acción penal es pública y solo en circunstancias excepcionales se permite intervenir a los particulares, y que, por lo mismo, lo único que se hizo por medio de la Ley de Caducidad fue que el estado renunció al ejercicio de la acción penal pública.

Pero la Comisión se centró en las consecuencias para las causas judiciales por graves violaciones a los derechos humanos, resaltando que al prohibirse por ley que el Estado las llevara adelante, lo que se estaba haciendo era impedir cualquier clase de investigación, ya que los particulares no podían – conforme a la legislación interna- tomar la iniciativa por sí mismos para tal efecto.

Sin embargo, el alcance de las garantías judiciales ha venido entendiéndose de manera extensiva, en el sentido de incluir las de los querellantes o denunciantes en materia penal. En los casos de las violaciones graves a los derechos humanos, serán las

⁶³⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-9/87, cit., párrafo 27.

⁶³⁵ “Esta conclusión se confirma – observa la Corte- con el sentido que el artículo 46.2.a) da a esa misma expresión, al establecer que el deber de interponer y agotar los recursos de jurisdicción interna, no es aplicable cuando “no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados.” Ídem, párrafo 28.

víctimas de tales delitos o sus familiares. Una manera de arribar a este resultado en el marco de la Convención Americana consiste en referirse a la parte final de la disposición que venimos analizando, cuando señala que dichas garantías serán reconocidas también para la determinación de los derechos u obligaciones de cualquier otro carácter de una persona.

Cabe consignar que el derecho procesal penal contemporáneo se acepta que el Estado posea el monopolio de la acción penal para la mayoría de los delitos y que goce de un cierto margen de discreción para adoptar la decisión de acaso o no perseguirlos. Lo que señalan la Comisión y la Corte Interamericana es que ello no podría afectar la investigación de los crímenes en materia de derechos humanos. En los casos uruguayos, la Comisión precisó que ella “no discute la publicidad u oficialidad de la acción penal. Sin embargo, en Uruguay la víctima o damnificado tiene derecho a participar en el proceso penal, más allá de la formulación de la denuncia. El Código del Proceso Penal uruguayo faculta al damnificado a solicitar durante el sumario ‘todas las providencias útiles para la comprobación del delito y la determinación de los culpables’ (art. 80). En consecuencia, en los sistemas que lo autorizan, el acceso a la jurisdicción de la víctima de un delito deviene un derecho fundamental del ciudadano y cobra particular importancia en tanto impulsor y dinamizador del proceso criminal.”⁶³⁶

Por lo que se refiere al derecho a la protección judicial, este aparece regulado en la Convención Americana en su artículo 25, consistiendo en el derecho “a un recurso sencillo o rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención (...).” Por lo mismo, en consecuencia, la referencia debe entenderse hecha a recursos tales como el habeas corpus o el amparo, sin perjuicio de que la parte final de la disposición recién citada se extienda también a otros recursos posibles. En la jurisprudencia interamericana, a propósito de las normas de amnistía, a veces se ha tratado de lo primero (como cuando tales recursos sencillos o rápidos se volvían inoperantes) y a veces de lo segundo, cuando es la posibilidad de accionar judicialmente (por vía penal, civil u otra) la que se ha visto impedida por tales normas.

⁶³⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N°29/92 (cit.), párrafo 41.

La conexión desarrollada en la jurisprudencia del Sistema Interamericano de los mencionados derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial con el alcance de las obligaciones de los Estados consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana es asimismo relevante.

Como expusiera al describir la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Velásquez, dicho tribunal estableció que las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos incluyen la prevención, investigación y sanción de las violaciones que se cometan. Señaló también la Corte que la obligación de investigar requiere seriedad al respecto, de modo de evitar la mera formalidad o apariencia de investigación.

Pero la misma Corte se encarga de precisar que la obligación de investigar no implica que deba alcanzarse un resultado satisfactorio en todos los casos. ¿Podría ser esto entendido como abriendo espacio para normas de amnistía? El propio tribunal se ha encargado de negar esa posibilidad. Una cosa es que en un caso específico, por circunstancias que escapen al Estado, se haga imposible alcanzar un resultado satisfactorio (por ejemplo, porque las pruebas del mismo hayan desaparecido sin que el Estado haya tenido participación directa ni indirecta – vía tolerancia o aquiescencia- en dicha desaparición); otra diferente es que, por medio de normas de amnistía, se impida a priori que los tribunales internos lleven a cabo una investigación completa.⁶³⁷

b) La discusión sobre el balanceamiento de bienes

Un último aspecto relevante concierne a que ni la Comisión ni la Corte han incorporado explícitamente un balanceamiento de bienes en su argumentación en los casos sobre amnistías de violaciones graves. Al respecto cabe consignar que el artículo 32 de la Convención Americana se refiere a la correlación entre derechos y deberes, estableciendo, en lo que nos interesa, en su numeral 2 que “[l]os derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.” Precisamente, era

⁶³⁷ Véase sobre este punto, Juan Méndez, *Accountability for Past Abuses*, en: *Human Rights Quarterly* Vol. 19, 1997, pp. 255-282, especialmente pp. 264 ss.

la subsistencia de una sociedad democrática la que invocaron los gobiernos de Argentina y Uruguay en defensa de sus normas de amnistía dictadas bajo regímenes democráticos.

Respecto de la correlación entre derechos y deberes a que se refiere el art. 32 de la Convención, en rigor, aun sin esta disposición expresa tal correlación existiría, puesto que la tarea hermenéutica en el caso del conflicto de derechos consiste en ponderarlos adecuadamente, como se ha desarrollado latamente en la moderna teoría del derecho.⁶³⁸

Cabe resaltar que, a propósito de otros derechos, pero en una aseveración de carácter general, la Corte Interamericana ha señalado que el artículo 32.2 “[no es] aplicable en forma automática e idéntica a todos los derechos que la Convención protege, sobre todo en los casos en que se especifican taxativamente las causas legítimas que pueden fundar las restricciones o limitaciones para un derecho determinado.” La Corte añade que “[e]l artículo 32.2 contiene un enunciado general que opera especialmente en aquellos casos en que la Convención, al proclamar un derecho, no dispone nada en concreto sobre sus posibles restricciones legítimas.”⁶³⁹ Esta última es justamente la situación de los derechos fundamentales en juego en los casos de las normas de amnistía, ya que ni el artículo 8 al referirse a las garantías judiciales ni el artículo 25 al consagrar el derecho de protección judicial, establecen limitaciones expresas a tales derechos.

La jurisprudencia de los órganos internacionales de derechos humanos, incluidas la Comisión y la Corte Interamericana, ha sostenido consistentemente que no corresponde jerarquizar *in abstracto* y de manera absoluta los derechos reconocidos en los tratados y declaraciones. En otras palabras, el catálogo de derechos no contiene un orden conforme al cual unos queden subordinados a otros.⁶⁴⁰ En este punto los

⁶³⁸ Véanse, por ejemplo, Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid (1993), pp.89 ss. , con abundantes ejemplos de la jurisprudencia alemana, y Ronald Dworkin, *Los Derechos en Serio*, Ariel Derecho, Barcelona (1999), pp.72 ss.

⁶³⁹ Ambas citas son de Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas, (arts. 13 y 39 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, párrafo 65.

⁶⁴⁰ Consúltese a este respecto, Cecilia Medina, El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en: Cecilia Medina y Jorge Mera (eds.), *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Cuadernos de Análisis Jurídico Serie Publicaciones Especiales N°6, Santiago, 1996, pp. 27 ss.

referidos órganos siguen las tendencias modernas, que señalan idéntica cosa. Así, Alexy anota que “[e]sta relación de tensión [de principios] no podía ser solucionada en el sentido de una prioridad absoluta de uno de estos deberes del Estado, ninguno de ellos poseería ‘prioridad sin más’. Más bien, el ‘conflicto’ debería ser solucionado ‘a través de una ponderación de los intereses opuestos.’ En esta ponderación, de lo que se trata es de la ponderación de cuál de los intereses, *abstractamente del mismo rango*, posee mayor peso en el caso concreto (...).”⁶⁴¹ Dworkin también enfatiza la dimensión del peso o importancia de los principios en los casos concretos y que, al no haber una mediación exacta, “el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia.”⁶⁴² En consecuencia, no habiendo una jerarquía absoluta entre derechos, corresponde efectuar un balanceamiento de ellos.

La pregunta es si en los casos de amnistías generales estamos o no frente a un conflicto de principios en sentido estricto. A mi juicio, Dworkin respondería negativamente, puesto que para él los principios deben ser factibles de ser reconducidos a derechos individuales y tendríamos que reconocer el carácter de “derechos concurrentes” (para emplear una expresión suya), es decir, de derechos que entran en conflicto, “sólo a los derechos de otros miembros de la sociedad en cuanto individuos”, afirmación que Dworkin ejemplifica señalando que “no se puede pensar que las leyes que aseguran cierto nivel de tranquilidad en los lugares públicos o que autorizan o financian una guerra extranjera se apoyen en los derechos individuales.”⁶⁴³ Estos tipos de bienes colectivos parecieran ser análogos a los invocados por Argentina y Uruguay en su defensa de las normas de amnistía ante el sistema interamericano.

Alexy discrepa en este aspecto de Dworkin, rescatando la posibilidad de que bienes colectivos operen como limitaciones a los derechos y que, consecuentemente, puedan ser balanceados, anotando que “[s]in duda, la diferencia entre derechos individuales y bienes colectivos es importante. Pero, no es ni necesario ni funcional

⁶⁴¹ Robert Alexy, *cit.*, p. 90. He eliminado las referencias a una sentencia de un tribunal alemán que realiza el autor.

⁶⁴² Ronald Dworkin, *cit.*, pp.77-78.

⁶⁴³ Ídem, las citas son de págs. 289 y 290, respectivamente.

ligar el concepto de principio al concepto de derecho individual.”⁶⁴⁴ Menciona también una serie de bienes colectivos que podrían operar como principios y entrar en colisión con determinados derechos individuales, entre ellos (en un listado meramente ejemplar) la salud pública, la seguridad de la República, y –lo más importante para el tema que nos ocupa- la protección del orden democrático.

Por otra parte, como hemos señalado, la propia Convención Americana en su art. 32 se encarga de referirse a la ponderación de bienes, incluyendo algunos de carácter colectivo, como por lo demás lo hace al regular una serie de derechos específicos. Lo que sucede es que respecto de este asunto ni los sistemas jurídicos internos basados en la idea de un Estado de Derecho ni el sistema internacional de derechos humanos operan de la manera que Dworkin plantea. Tanto las constituciones políticas como los instrumentos internacionales recurren al uso de cláusulas generales limitativas de derechos.

Los desarrollos llevados a cabo en la teoría del derecho en la segunda mitad del siglo XX contribuyeron a proporcionar mayor claridad acerca de la función de las cláusulas generales en un sistema jurídico. Por cláusula general, ha entendido Engisch, "una redacción expresiva de los supuestos de hecho que abarca con gran generalidad un campo de casos y les señala su correspondiente tratamiento jurídico."⁶⁴⁵ Los embates al fragor de las disputas entre el positivismo jurídico y el iusnaturalismo hasta bien entrado el siglo XX habían conducido a opacar, desde la perspectiva positivista, el papel desempeñado por las cláusulas generales en el derecho. Así, los positivistas las habían relegado a un rol muy secundario. La postura de Kelsen es ilustrativa a este respecto, al hablar acerca de una suerte de inevitabilidad de tener que recurrir a las cláusulas generales y a los principios jurídicos (que colocaba a la par que las primeras), ya que de alguna manera introducirían un elemento perturbador en la pureza de su concepción del sistema jurídico. Para el mismo Kelsen, quedaba entregado al arbitrio de los jueces y funcionarios administrativos el llenar de contenido aquellos principios y cláusulas.⁶⁴⁶

⁶⁴⁴ Alexy, *cit.*, p. 111.

⁶⁴⁵ Karl Engisch, *Introducción al Pensamiento Jurídico*, *cit.*, pág. 153.

⁶⁴⁶ Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, *cit.*

También resultaba perturbador, como se denota en autores como Neumann,⁶⁴⁷ el uso dado por regímenes totalitarios a las cláusulas generales, como cuando en la parte general del Código Penal nazi se estableciera que "[s]erá sancionado quien realice un hecho penado por la ley o que merezca sanción de acuerdo con los fundamentos de una ley y con el sano sentimiento popular. De no encontrarse una ley penal determinada que sea inmediatamente aplicable al caso, éste será castigado de acuerdo con la ley cuyo fundamento le sea más exactamente aplicable."⁶⁴⁸ Pero como observa Kaufmann, en realidad lo que ocurre en el ejemplo de la legislación nazi es que hay un uso de una cláusula general que resulta incompatible con un estado de derecho, que pasa por sobre la teoría de los tipos penales y que en vez de tender a solucionar un problema de falta de precisión legal aparece propiciándolo, pero no una característica propia de toda cláusula general. La formulación de cláusulas generales se le aparece a Kaufmann como una etapa insoslayable en el proceso de realización del derecho.⁶⁴⁹

Lo que sucede, en cambio, con cláusulas generales del tipo “protección del sistema democrático” es que se produce una aparente paradoja, puesto que se presenta como una limitación a derechos específicos de las personas, al tiempo que su objetivo es asegurar la estabilidad para el ejercicio adecuado de tales derechos.

El punto es que, sin perjuicio de que exista un entramado indisoluble entre sistema democrático y derechos humanos,⁶⁵⁰ cuando aquel opera como cláusula general limitativa de uno o más derechos en el marco de un Estado de Derecho y de la normativa internacional de derechos humanos, procede interpretarlo restrictivamente. En efecto, si bien el sistema democrático está destinado a proteger los derechos de las personas, el mismo está regulado a la vez como una limitación a tales derechos en los instrumentos internacionales, las constituciones políticas y los códigos nacionales. Por lo mismo, es necesario distinguir entre el tipo de tensión que se produce entre una cláusula general limitativa de derechos y determinados derechos humanos de aquella

⁶⁴⁷ Franz Neumann, *El Estado Democrático y el Estado Autoritario*, cit., pp.36 ss.

⁶⁴⁸ Una situación análoga se vivió en América Latina a la salida de los regímenes dictatoriales, cuando algunos plantearon la necesidad de eliminar los Estados de Excepción Constitucional, por los abusos a los que ellos se han prestado históricamente en dicha región.

⁶⁴⁹ Arthur Kaufmann, *Analogía y Naturaleza de la cosa*, Editorial Jurídica, Santiago, 1976, pp. 42 ss.

⁶⁵⁰ Véase al respecto, Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, Editorial Trotta, Madrid, 4ª Edición, 2005.

otra que se produce cuando son dos derechos humanos específicos los que entran en colisión.

Cuando se trata de dos derechos humanos que entran en tensión entre sí, como ya hemos anotado anteriormente, no es posible construir una jerarquía absoluta de tales derechos, ya que ellos se limitan recíprocamente, debiendo ponderárselos en el caso concreto. En cambio, la tensión entre una cláusula general limitativa de derechos y determinados derechos humanos consiste no ya en una tensión en un plano de igualdad, sino en una situación en que dicha cláusula queda subordinada a los derechos humanos.

En el ámbito internacional se encuentra suficientemente esclarecido que, en cuanto limitaciones a los derechos humanos, las cláusulas generales que no se refieran a la consagración de derechos específicos deben ser interpretadas de manera restrictiva y a la luz de esos derechos. Esto ha sido reiteradamente sostenido por los órganos de los distintos sistemas internacionales de protección. Ilustrativos resultan a este respecto los Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación o Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, invocados por abundante jurisprudencia internacional, en que se establece que "[t]odas las cláusulas de limitación serán interpretadas estrictamente y en favor de los derechos en cuestión" (Principio 3º) y que "La carga de justificar una limitación a un derecho (...) incumbe al Estado" (Principio 12).⁶⁵¹

Pero en los casos de amnistías del tipo que venimos analizando en este trabajo, el asunto posee todavía a lo menos tres aristas adicionales: una primera referida a lo genuino o no de la invocación de la protección de un sistema democrático – cuestión de hecho-, una segunda referida al carácter general de tales amnistías, y una tercera concerniente al tipo de violaciones.

A la primera de estas cuestiones solo nos referiremos brevemente, por tratarse, precisamente, de un asunto de hecho. El punto central al respecto, es que, como ha

⁶⁵¹ Véase, Principios de Siracusa (sobre las disposiciones de limitación y derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), en: *Revista de la Comisión Internacional de Juristas* N°36, junio 1986. Estos principios fueron adoptados en una reunión convocada a tales efectos por la Comisión Internacional de Juristas, la Asociación Internacional de Derecho Penal, la Asociación Estadounidense para la Comisión Internacional de Juristas, el Urban Morgan Institute for Human Rights y el Instituto Internacional de Estudios Superiores de Ciencias Penales.

quedado en evidencia en una serie de países, a menudo más que una genuina protección del sistema democrático, lo que existe son presiones antidemocráticas de los perpetradores de las violaciones que conservan cierto grado de poder (fáctico) y que producen distorsiones justamente en el momento en que se están sentando las bases de un nuevo sistema político.

Respecto de la segunda cuestión, por tratarse de amnistías de carácter general, su afectación de derechos humanos es masiva, hasta el punto de desfigurar tales derechos. Y ello en circunstancias especialmente graves por la clase de violaciones a las que dichas amnistías se refieren. Este pareciera ser un aspecto clave para que los órganos internacionales de derechos humanos no hagan explícita en su argumentación un balanceamiento de bienes, ya que no se trata, como en los balanceamientos que efectúan habitualmente los órganos con jurisdicción constitucional de una situación referida únicamente a un caso específico, sino a una enorme lista de casos, que quedarían marginados de toda posibilidad de acción judicial a su respecto si se confiriera validez jurídica a la amnistía. Una expresión que se usa comúnmente en Inglés para referirse a estas normas – *blanket amnesties*- es elocuente, el en sentido de que ellas arrojan un manto sobre un gran volumen de violaciones a los derechos humanos -usualmente miles o decenas de miles de ellas-, las cuales dejan ocultas y en la impunidad.

En cuanto a la tercera y última cuestión que aquí hemos planteado –la referida a los tipos de violaciones-, si bien, como antes hemos visto, los órganos internacionales han negado la posibilidad de construir una jerarquía absoluta de derechos, en rigor algunos tipos de violaciones han sido desde antiguo considerados más graves que otras. Así ha quedado reflejado también en las resoluciones de tales órganos sobre amnistías citadas en este trabajo, en donde, por ejemplo, la Corte Interamericana ha señalado perentoriamente la prohibición de amnistiar violaciones de derechos no suspendibles (Caso Barrios Altos en 2001) o crímenes contra la humanidad (Caso Almonacid y Caso Goiburú en 2006; Caso Masacre de La Rochela en 2007). Por lo demás, lo que ha sucedido es que en los últimos años han ido “cristalizando” como crímenes contra la humanidad algunas violaciones cuyo carácter al respecto antes se discutía, como la tortura, de modo que hoy los conceptos de “violaciones graves” y “crímenes contra la humanidad” se asemejan cada vez más. Esto se ha visto reflejado en los fallos más recientes de la Corte Interamericana, en los que se establece el carácter de *ius cogens*

de la norma que obliga a investigar y sancionar a los perpetradores de crímenes contra la humanidad. Este tercer aspecto es también crucial para comprender por qué los órganos internacionales han omitido efectuar balanceamiento de bienes en relación con las amnistías que se refieren a estas violaciones.

8. CONCLUSIONES

Los órganos internacionales han confrontado el problema de las leyes de amnistía que afectan a violaciones graves a los derechos humanos en numerosas oportunidades, declarándolos incompatibles con los estándares internacionales. Sin embargo, hasta no hace mucho, no existían pronunciamientos de órganos internacionales respecto de situaciones en las cuales un gobierno democráticamente electo adopta esta clase de normas para abolir graves abusos cometidos por un régimen anterior de carácter dictatorial. El tratamiento de las violaciones graves a los derechos humanos ha experimentado una significativa evolución en los últimos 15 años a nivel de los órganos internacionales especializados en la protección de tales derechos. Los mecanismos del Sistema Interamericano jugaron un papel decisivo en ello. Esta evolución ha ido en la dirección de establecer de manera perentoria una serie de obligaciones de los Estados en relación con dichos tipos de abusos, en oposición al criterio que prevalecía anteriormente, según el cual los Estados democráticos poseían una amplia discreción en esta materia.

Lo anterior no implica que los estándares internacionales en la materia estén siendo recepcionados de manera homogénea por los Estados. Algunos han avanzado mucho más que otros en este terreno. Sin embargo, un aspecto común, derivado precisamente de la creciente atención prestada por los órganos internacionales de derechos humanos, es que en prácticamente todos los Estados que en la actualidad salen de períodos de violaciones a tales derechos a gran escala, la cuestión de su confrontación se sitúa en el centro del debate público, sin que sea una alternativa el hacerlas simplemente a un lado, como ocurría hasta hace algunos años.

Con las limitaciones del caso, todo ello redundará en que en la construcción de nuevos sistemas democráticos se refuerce el lugar a desempeñar por el reconocimiento y

protección de los derechos humanos, de modo tal de prevenir la comisión de violaciones graves a su respecto y de procurar asegurar que los ciudadanos operen en el sistema democrático en un pie de igualdad.

A nivel de la teoría también pueden apreciarse transformaciones, aunque, claro, dado que no se trata en este ámbito de argumentos de autoridad, la controversia no ha cesado. De cualquier modo, es posible percibir que en el contexto actual –más proclive a hacerse cargo de las referidas violaciones- han tendido a desarrollarse con mayor fuerza los argumentos en pos de la justificación de tales iniciativas.

Mirado el problema desde una perspectiva amplia, un gobierno democrático no posee mejores títulos que uno dictatorial para dejar impunes graves violaciones a los derechos humanos, independiente de que medie o no una consulta directa a los ciudadanos. La diferencia clave entre un gobierno democrático y uno dictatorial radica en otros aspectos, ya que mientras una dictadura es *estructuralmente* incompatible con derechos humanos elementales (v.gr., con los derechos políticos, entre muchos otros), un sistema democrático proporciona las bases para su respeto. No obstante, para determinar acaso un gobierno ha dejado de cumplir sus obligaciones internacionales, es irrelevante si el gobierno es de naturaleza democrática o dictatorial.

El papel del Derecho Internacional al respecto consiste en proporcionar un enfoque jurídico para analizar el problema de las leyes de amnistía. Si el Derecho Internacional renunciara a desempeñar este rol, dejaría esta materia enteramente a discreción de los gobiernos, esto es, a las posiciones políticas prevalecientes en el momento. En tal situación, no existirían estándares de referencia ni parámetros a ser seguidos en el futuro por gobiernos democráticamente electos para confrontar graves violaciones a los derechos humanos cometidas por regímenes precedentes.

Lo que es más importante todavía es que junto con evaporarse los estándares desaparecería cualquier base sólida para las demandas de las víctimas y sus familiares. Carentes de mecanismos legales para enfrentar leyes que intentaran abolir o perdonar graves abusos, la posición de las víctimas y de sus familiares aparecería como puramente política, con lo cual su situación se vería notablemente debilitada.

Al confrontar las leyes de amnistía dictadas por gobiernos democráticamente electos, el Derecho Internacional posee además otro rol crucial: el de fortalecer el Estado de Derecho. En el momento en que un nuevo régimen democrático se encuentra en su etapa inicial, hacer eficaces ciertas características básicas tales como la igualdad ante la ley es vital para construir las bases de un Estado de Derecho. Si los perpetradores de violaciones graves resultaran impunes, la población percibiría - percibiría correctamente, por lo demás- la existencia de diversas clases de ciudadanos. En particular, dado que las "leyes de amnistía" son dictadas usualmente bajo presión militar, los civiles sentirán que ellos son ciudadanos de segunda clase, impidiendo el desarrollo de la confianza en el sistema democrático. De allí que las "leyes de amnistía" dirigidas a abolir o perdonar graves violaciones a los derechos humanos son altamente corrosivas para la autoridad del derecho, en un momento en que dicha autoridad es especialmente necesaria. Al contrario, si los perpetradores de graves violaciones son perseguidos y sancionados, el gobierno civil verá fortalecido y consolidado su poder.

A todo lo anterior cabe agregar que al mantener en alto sus estándares respecto de estas leyes de amnistía, el Derecho Internacional posee un rol preventivo: si los perpetradores de graves abusos son perseguidos y sancionados ello tendrá un efecto aleccionador para las generaciones futuras. Este aspecto debe ser enfatizado especialmente tratándose de desapariciones forzadas, cuyo objetivo principal es el de favorecer la impunidad.

CAPÍTULO X: EL TRATAMIENTO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

1. INTRODUCCIÓN

En este capítulo se analizan los principales elementos que han marcado el tratamiento del derecho a la libertad de expresión en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Se trata de un derecho que ha recibido una atención especial del mencionado sistema, estableciéndose a su respecto regulaciones en los instrumentos interamericanos que se apartan en algunos aspectos de relevancia de los instrumentos de los demás sistemas internacionales de protección. Además, si bien la jurisprudencia interamericana contiene abundantes referencias a la de otros sistemas en materia de libertad de expresión – especialmente a la jurisprudencia europea-, se encarga de manera frecuente de enfatizar que el tipo de protección brindada es distinto.

Si bien las bases del tratamiento de la libertad de expresión por el sistema interamericano no han variado en el tiempo, lo que sí puede apreciarse como una tendencia evolutiva significativa es el desarrollo de numerosos aspectos específicos, que han ido surgiendo a lo largo de las más de cuatro décadas de funcionamiento del sistema, pero especialmente en los últimos 15 años.

2. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LAS PRIMERAS DÉCADAS DEL SISTEMA INTERAMERICANO: DESARROLLO DE ESTÁNDARES EN UN CONTEXTO AUTORITARIO

Aunque en términos declarativos la OEA ha sostenido desde su establecimiento en 1948 que uno de sus objetivos centrales es la protección de la democracia, en la práctica, y como hemos analizado en los capítulos anteriores, hasta entrada la década de los ochenta, muchos de los estados pertenecientes a ella poseían regímenes dictatoriales. No obstante, no se trataba de regímenes homogéneos y a menudo su presencia se alternaba en un mismo país con períodos en los cuales se establecían gobiernos civiles. Esto permitió que fuera surgiendo un cierto nivel de garantía de la libertad de expresión, por lo menos a nivel de la normativa interamericana.

El primer instrumento de la OEA que consagra la libertad de expresión es la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Adoptada junto con la fundación de la OEA en octubre de 1948, es decir, dos meses antes de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana establece en la materia que “[t]oda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio” (artículo IV).

Sin embargo, como antes hemos apuntado, durante más de 10 años la Declaración Americana careció de efectos prácticos significativos, puesto que no se estableció ningún órgano encargado de su supervisión. Solo con la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, lo que recién ocurrió en 1959 (iniciando sus trabajos en 1960), comienza a emplearse la Declaración Americana como parámetro para evaluar la conducta de los estados en materia de derechos humanos, incluyendo lo referido a la libertad de expresión.

Durante sus tres primeras décadas de funcionamiento, casi la totalidad del trabajo de la Comisión sobre libertad de expresión estuvo referido a violaciones masivas y sistemáticas o a vulneraciones de gran envergadura. Se trata de lo mismo que ocurría, por lo demás, con la función de la Comisión en relación con el resto de los derechos. En un contexto en que abundaban las dictaduras, la Comisión le prestaba atención de manera casi exclusiva a lo que en ellas sucedía. De este modo, el asesinato de periodistas, la detención de periodistas por orden administrativa, la persecución de políticos disidentes, de sindicalistas y de ciudadanos en general por sus expresiones críticas al gobierno, la censura administrativa y otras transgresiones evidentes a la normativa internacional acaparaban la atención de la Comisión.⁶⁵²

No obstante la dedicación recién mencionada de la Comisión, esta, desde sus primeros años de funcionamiento, se abocó a la elaboración de un Proyecto de Convención sobre Libertad de Expresión, de Información e Investigación, el cual incluso fue sometido a la consideración de los órganos políticos de la OEA,

⁶⁵² En este sentido, pueden consultarse entre otros, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Cuba*, 20 de marzo de 1962; *Informe sobre la actuación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la República Dominicana*, 15 de octubre de 1965; *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Haití*, 21 de mayo de 1969; etc.

recibiéndose comentarios de una serie de Estados. Si bien este instrumento nunca llegó a ser adoptado por la OEA, sus elementos centrales sirvieron de base para la regulación que contendría la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de libertad de expresión.⁶⁵³ Este Proyecto de Convención, por ejemplo, ya establecía la prohibición de la censura previa, así como la de diversas formas de censura indirecta.

Durante ese mismo período, y más precisamente en 1969, se aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que vendría a constituirse en el instrumento jurídico central del sistema interamericano en la materia. A pesar de haberse aprobado en un contexto en que persistían muchas dictaduras, la Convención Americana consagró en términos muy protectores la libertad de expresión. La Convención Americana, en su artículo 13.1, comienza regulando este derecho en términos idénticos al art. 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado en la ONU tres años antes), al señalar que “[t]oda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa y artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.”

En el párrafo 2 del art.13, la Convención Americana menciona las mismas causales y usa los mismos términos que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos para restringir la libertad de expresión: el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público, la moral o la salud públicas, estableciendo, al igual que el instrumento de la ONU, que dichas causales deben estar fijadas por ley y ser necesarias para asegurarlas.

⁶⁵³ Véanse, *Primer Informe sobre las medidas orientadas al perfeccionamiento y eficacia de los derechos a la libertad de investigación, de opinión, de expresión y de difusión del pensamiento* (OEA Ser.L/V/II.2, Doc. 15, de 21 de abril de 1961); *Segundo Informe sobre Libertad de Expresión, Información, e Investigación* (OEA/Ser.L/V/II.4, Doc. 4, de 27 de marzo de 1962); *Proyecto de Convención sobre Libertad de Expresión, Información e Investigación* (OEA/ Ser.L/V/II .8, Doc. 15, de 18 de octubre de 1963). El Proyecto fue reformulado por la Comisión a partir de las observaciones hechas por diversos Estados de la OEA. Dichos Estados, según deja constancia la propia Comisión, fueron Brasil, Chile, Ecuador, Estados Unidos y Venezuela; véase, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la labor desarrollada durante su Décimo Período de Sesiones*, 12 al 26 de marzo de 1965, OEA/Ser.L/V/II.11 Doc.19 (Español) 2 julio 1965.

Sin embargo, ya en el mismo párrafo 2 la Convención Americana se aparta de la regulación contenida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al prohibir de manera expresa la censura.

En los párrafos 3, 4 y 5, el art. 13 de la Convención Americana introduce elementos a los que el Pacto de la ONU no hace referencia, como las diversas formas de censura indirecta, la situación de los menores y los espectáculos públicos y la propaganda o apología de la violencia por razones discriminatorias. La Convención reconoce además, en su artículo 14, el derecho de rectificación o respuesta.⁶⁵⁴

La Convención Americana entró en vigor en 1978 y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, creada en virtud de dicho tratado, echó las bases de la interpretación de la Convención por vía de una Opinión Consultiva (la OC-5/85),⁶⁵⁵ a pesar de que, en principio, siendo importante, el tema puesto en su conocimiento no parecía poseer tanta centralidad en el contexto americano: la colegiación obligatoria de periodistas.

El asunto llegó a la Corte Interamericana por una vía *sui generis*. Un periodista estadounidense residente en Costa Rica, el Sr. Stephen Schmidt, presentó una denuncia ante la Comisión Interamericana contra Costa Rica, alegando que la condena a tres meses de prisión de la que había sido objeto por ejercicio ilegal de la profesión de periodista al efectuar dicha actividad sin formar parte del Colegio de Periodistas de ese país, requisito establecido por la legislación interna⁶⁵⁶, vulneraba su derecho a la libertad de expresión. La Comisión desestimó la denuncia por considerar que el referido requisito constituía una regulación razonable del ejercicio de dicha actividad. Se trataba, como lo hizo ver la Corte Interamericana, de una buena oportunidad para haber sometido el caso por parte de la Comisión a dicho tribunal, dado que representaba un tema novedoso para el Sistema Interamericano y que hasta esa fecha la Corte no había

⁶⁵⁴ Véase, Corte IDH, *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta* (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-7/86, de 29 de agosto de 1986.

⁶⁵⁵ Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 39 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A Nº5.

⁶⁵⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución No. 17/84 Caso No. 9178 (Costa Rica) OEA/Ser. L/V/II. 63, doc. 15, 2 de octubre de 1984.

podido desarrollar su función contenciosa.⁶⁵⁷ Sin embargo, la Comisión no lo hizo. Costa Rica tampoco remitió el caso como tal a la Corte pero en cambio sometió una solicitud de Opinión Consultiva sobre el mismo tema. La Corte se declaró competente para conocer de dicha solicitud y emitir una Opinión al respecto.⁶⁵⁸

El argumento de la Corte no menciona explícitamente la libertad de asociación: de hecho, en su propio encabezado, la sentencia se refiere sólo a los artículos 13 y 29, relativos a la libertad de expresión y a las normas de interpretación, respectivamente. Ello se explica porque el núcleo de la argumentación de la Corte gira en torno a la libertad de expresión: es precisamente la protección de ésta la que, a juicio de la Corte, hace incompatible la colegiación obligatoria de periodistas con la Convención Americana, en cuanto dicha colegiación impida el acceso de cualquier persona a expresarse a través de los medios de comunicación.

Sin embargo, a pesar de no referirse explícitamente a la libertad de asociación, la Corte, en la mencionada Opinión Consultiva, distingue la colegiación obligatoria de periodistas de la de otros profesionales. La Corte, refiriéndose a estos últimos, señala que "la organización de las profesiones en general, en colegios profesionales, no es *per se* contraria a la Convención [Americana] sino que constituye un medio de regulación y de control de la fe pública y de la ética a través de la actuación de los colegas."⁶⁵⁹

⁶⁵⁷ La Corte señaló que "[a]unque la Convención no especifica bajo qué circunstancias la Comisión debe referir un caso a la Corte, de las funciones que asigna a ambos órganos se desprende que, aún cuando no esté legalmente obligada a hacerlo, hay ciertos casos que, al no haberse podido resolver amistosamente ante la Comisión, deberían ser sometidos por ésta a la Corte. El caso Schmidt cae ciertamente dentro de esta categoría. Se trata de un caso que plantea problemas legales controversiales no considerados por la Corte; su trámite en la jurisdicción interna de Costa Rica fue objeto de decisiones judiciales contradictorias; la propia Comisión no pudo alcanzar una decisión unánime sobre esos problemas jurídicos; y es una materia que reviste especial importancia en el continente, donde varios Estados han adoptado leyes parecidas a la de Costa Rica. " En seguida añade que "[d]ado que los individuos no están legitimados para introducir una demanda ante la Corte y que un gobierno que haya ganado un asunto ante la Comisión no tiene incentivo para hacerlo, la determinación de esta última de someter un caso semejante a la Corte, representa la única vía para que operen plenamente todos los medios de protección que la Convención establece. Por ello, en tales hipótesis, la Comisión está llamada a considerar especialmente la posibilidad de acudir a la Corte." Ambas citas son de Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (cit.), párrafos 25 y 26, respectivamente.

⁶⁵⁸ Esto podría levantar críticas en el sentido de que se trataba de un caso contencioso encubierto, es decir, de una solicitud de Opinión Consultiva revestida únicamente de la apariencia de tal, en circunstancias de que en realidad podría tratarse de que la Corte se pronunciara indirectamente sobre un caso específico. Sin embargo, como señala la Corte, se trataba de un caso que había sido ganado por Costa Rica en la Comisión, por lo que mal podría considerarse como un resquicio de parte de dicho estado el solicitar una Opinión Consultiva que coincidía en algunos aspectos con los temas del caso.

⁶⁵⁹ Idem, párrafo 68.

Lo que hace la Corte Interamericana es invocar una limitación por razones de orden público, que justificaría la colegiación obligatoria de profesionales que no sean periodistas, siempre y cuando no se afecte la libertad de expresión:

"si se considera la noción de orden público en el sentido referido anteriormente, es decir, como las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios, es posible concluir que la organización del ejercicio de las profesiones está implicada en ese orden."⁶⁶⁰

La Corte agregó que "las razones de orden público que son válidas para justificar la colegiación obligatoria de otras profesiones no pueden invocarse en el caso del periodismo (...)." ⁶⁶¹ En la Opinión Consultiva no se señala cuál es el derecho que se estaría limitando por razones de orden público, pero no cabe sino entender que se trata de la libertad de asociación.

Aunque la conclusión a la que arriba la Corte Interamericana es similar a la del Sistema Europeo de Derechos Humanos sobre esta materia, el fundamento que se proporciona es diferente. En efecto, la antigua Comisión Europea definió la libertad de asociación como "la capacidad general de los ciudadanos de incorporarse, sin interferencia por parte del Estado, a asociaciones, en orden a alcanzar diversos fines",⁶⁶² definición de la que la dicha Comisión dedujo que la libertad de asociación -y la de no asociarse- se refiere a asociaciones privadas.⁶⁶³

Siguiendo esta lógica, tanto la antigua Comisión Europea como el Tribunal Europeo concluyeron que las organizaciones de carácter profesional quedan fuera de la esfera protegida por la libertad de asociación, puesto que no son, en rigor, asociaciones

⁶⁶⁰ Id., íd.

⁶⁶¹ Id., párrafo 76.

⁶⁶² Comisión Europea de Derechos Humanos, Appl. 6094/73, *Association v. Sweden*, D & R 9 (1978), p.5 (7). La traducción es mía.

⁶⁶³ *Idem*, p.8.

privadas, ya que poseen un componente público central.⁶⁶⁴ La Comisión Europea caracterizaba como roles básicos de un colegio profesional "el mantenimiento de la ética y de la disciplina al interior de la profesión, así como la defensa de los intereses de sus miembros en disputas externas."⁶⁶⁵

El fundamento que desarrolla la Corte Interamericana acerca de las demás profesiones, no recurre, sin embargo, y a diferencia de los órganos europeos, a la distinción público/privado. La Corte no afirma – aunque tampoco lo niega- que los colegios profesionales sean algo distinto de las "asociaciones," como sostuviera su equivalente europeo.

No obstante la importancia del tema recién descrito y que confronta la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva en mención, lo cierto es que la relevancia de esta excede con mucho a la colegiación obligatoria de periodistas, ya que en verdad lo que hace la Corte es echar las bases del tratamiento de la libertad de expresión en el Sistema Interamericano. Esto ha quedado reflejado en la abundante referencia a dicha Opinión Consultiva en la jurisprudencia posterior del Sistema Interamericano, tanto en materia contenciosa en la propia Corte y en la Comisión, como en los informes y otros documentos de esta última. En este sentido, la Corte Interamericana asume expresamente en su Opinión Consultiva en análisis que la Convención Americana sobre Derechos Humanos es más protectora de la libertad de expresión que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y que el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, observando que “[l]a comparación hecha entre el artículo 13 [de la Convención Americana] y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (artículo 10) y del Pacto (artículo 19) demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas”, añadiendo que “el artículo 13 de la Convención Americana al que sirvió de modelo en parte el artículo 19 del Pacto, contiene una lista más reducida de

⁶⁶⁴ Comisión Europea de Derechos Humanos, *Caso Le Compte, Van Leuven y De Meyere*, Informe de 14 de Diciembre de 1979, p.23; Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Le Compte, Van Leuven y De Meyere*, decisión de 23 de junio de 1981, pp.26-27. El caso se refería a la Orden de los Médicos. También se estableció que habría una violación de la libertad de asociación cuando la existencia de la colegiatura profesional obligatoria impidiese el que colegas de una misma profesión formasen asociaciones voluntarias en materias profesionales privadas.

⁶⁶⁵ Comisión Europea de Derechos Humanos, *Association v. Sweden*, cit, p.8. La traducción es mía.

restricciones que la Convención Europea y que el mismo Pacto, sólo sea porque éste no prohíbe expresamente la censura previa.”⁶⁶⁶ En consecuencia, una diferencia fundamental de la Convención Americana respecto de los otros dos tratados internacionales recién mencionados es que aquélla establece una prohibición de la censura previa para tiempos de normalidad constitucional. Ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ni el Convenio Europeo contienen una prohibición tan perentoria al respecto.

El Pacto Internacional establece en su art. 19, luego de consagrar la garantía de la libertad de expresión, que su ejercicio “entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente – añade –, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas.” Cabe observar que la redacción antedicha es idéntica a las de las letras a) y b) del inciso 2º del art. 13 de la Convención Americana, que más arriba hemos citado. La diferencia radica en que esta última, adoptada tres años después que el Pacto Internacional, distingue expresamente entre censura previa y responsabilidades ulteriores, en la forma en que lo hemos descrito anteriormente.

Por su parte, el Convenio Europeo (muy anterior, adoptado en 1950) también establece en su artículo 10 que el ejercicio de la libertad de expresión importa deberes y responsabilidades y que dicho derecho “podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.” Según se advierte, el Convenio Europeo no contiene una prohibición de la censura previa.

⁶⁶⁶ Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, cit., párrafos 50 y 45, respectivamente.

Siendo similares ciertos pasajes de la Convención Americana y el Pacto Internacional en lo relativo a la libertad de expresión y difiriendo significativamente en otros pasajes sobre la misma materia, es evidente que el énfasis de la Convención Americana en la cuestión de la censura no es secundario, y que todo conduce a entender que ella prohíbe no solamente la censura administrativa sino también la judicial.⁶⁶⁷

La Convención Americana no se refiere de manera específica a la censura administrativa, sino que contempla una prohibición general de la censura previa. A este respecto, la Convención dispone en su artículo 13.2 que el ejercicio de la libertad de pensamiento y de expresión “no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.” En su numeral 4, el mismo artículo añade que “Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.”

Internándose más allá de la censura administrativa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva que venimos revisando, luego de calificar a la libertad de expresión como un pilar de una sociedad democrática, sostuvo que constituye censura previa cualquier forma de medida preventiva (esto es, no solo las de carácter administrativo) que impida el ejercicio de dicha libertad, señalando que “[e]l artículo 13.2 de la Convención define a través de qué medios pueden establecerse legítimamente restricciones a la libertad de expresión. Estipula, en primer lugar, la prohibición de la censura previa, la cual es siempre incompatible con la plena vigencia de los derechos enumerados por el artículo 13, salvo las excepciones contempladas en el inciso 4 referentes a espectáculos públicos, incluso si se trata supuestamente de prevenir por este medio un abuso eventual de la libertad de expresión. En esta materia toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada

⁶⁶⁷ El voto separado del juez Piza Escalante en la OC-5 así lo señala expresamente: “el artículo 19.3 del Pacto Internacional corresponde casi exactamente al art. 13.2 de la Convención Americana, salvo en cuanto a que este último agregó la prohibición de toda censura previa y a que sustituyó, de modo expreso, la posibilidad de ‘ciertas restricciones’ del primero, por la de ‘responsabilidades ulteriores’, sustitución que no puede considerarse accidental o semántica, sino intencional y de fondo.” Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (cit.), párrafo 8 del mencionado voto separado.

por la Convención” (el subrayado es mío).⁶⁶⁸ Estas ideas han sido posteriormente reiteradas por la Comisión y la Corte en una serie de ocasiones, que analizaremos más adelante.

En la Opinión Consultiva N° 5, la Corte revisa también el tema de las responsabilidades ulteriores. Se trata, a diferencia de la censura previa, de mecanismos legítimos conforme a la Convención Americana, siempre que cumplan ciertos requisitos. Al respecto, la Corte señaló que para su determinación es necesario “que se reúnan varios requisitos, a saber: a) La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas; b) La definición expresa y taxativa de esas causales por la ley; c) La legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y d) Que esas causales de responsabilidad sean ‘necesarias para asegurar’ los mencionados fines.”⁶⁶⁹

De esta manera, conforme al argumentado desarrollado por la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva N° 5, la Convención establece un enfoque bipolar, según el cual se excluye la censura previa como instrumento legítimo para limitar la libertad de expresión y se autoriza la atribución de responsabilidades ulteriores sujetas a determinadas exigencias.

Por último, otro aspecto relevante al que se refiere la Corte en la mencionada Opinión Consultiva es el de la doble dimensión –individual y colectiva– de la libertad de expresión. Con esto, el tribunal quiere apuntar a que, por una parte, mediante su dimensión individual, dicha libertad sirve de base para el ejercicio de la autonomía personal y que, de otra, posee un alcance colectivo o social también de gran importancia, que tiene que ver con la centralidad de la libertad de expresión para un adecuado funcionamiento de un régimen democrático de gobierno, abriendo las vías para un debate público vigoroso y para una participación informada de la ciudadanía, sometiendo a escrutinio a las autoridades. Todos estos elementos serán desarrollados posteriormente por la propia Corte y por la Comisión, a propósito de una serie de temas y casos específicos.

⁶⁶⁸ *Ídem*, párrafo 38.

⁶⁶⁹ Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (cit.), párrafo 39.

3. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO EN UN CONTEXTO DE PROCESOS DE DEMOCRATIZACIÓN

Al comenzar la década de los noventa, casi la totalidad de los países latinoamericanos se encontraban en transición o habían transitado recientemente a regímenes democráticos. Así, de un contexto en el cual eran numerosos los regímenes autoritarios –algunos consistentes abiertamente en dictaduras y otros más o menos camuflados al respecto ante la comunidad internacional-, se pasó a gobiernos elegidos en las urnas. Sin embargo, en la medida en que estos nuevos regímenes eran en no pocos casos precariamente democráticos o que subsistían en ellos importantes vestigios autoritarios, comenzaron a surgir una serie de temas anteriormente no tratados en materia de libertad de expresión, de los cuales el Sistema Interamericano de Derechos Humanos empezó a hacerse cargo.

Muchos de los Estados no poseían una tradición democrática ni se hallaban acostumbrados a debates públicos vigorosos en los que las autoridades eran abiertamente criticadas y debidamente fiscalizadas. Las carencias en materia de la construcción de un Estado de Derecho quedaban de manifiesto, así como la importancia de la libertad de expresión para llevar a cabo dicha construcción. Un aspecto interesante, con escasos precedentes en la región, lo constituyó el cambio paulatino del papel de los sistemas judiciales, que en las primeras etapas de las transiciones tendieron a mantener su actitud histórica de sometimiento a los poderes políticos y luego fueron adquiriendo un rol más vigoroso e independiente, lo cual se refleja en una serie de casos en materia de libertad de expresión.

A ello cabe agregar que los vestigios autoritarios no eran de naturaleza únicamente política, sino también de carácter social y moral. En este sentido, los viejos regímenes se habían asentado sobre sociedades igualmente autoritarias. Esto se manifestaba en su carácter fuertemente jerarquizado desde el punto de vista social y con el predominio –garantizado por el Derecho interno- de unas visiones morales por sobre otras. Tales características iban a entrar en conflicto con otras más propias de sociedades democráticas, como la tendencia hacia la igualdad social y la participación ciudadana, y la coexistencia de distintas visiones morales en la sociedad. Estos conflictos alcanzarían una de sus áreas más importantes de discusión precisamente en

materias de libertad de expresión. Si bien estas características no se han disipado ni mucho menos en las sociedades de la región, las tendencias autoritarias a nivel social y moral han tendido perder vigor.

Durante las primeras etapas de las transiciones todavía subsistía de manera extendida una de las restricciones típicas de los regímenes autoritarios: la censura administrativa⁶⁷⁰, la cual posteriormente ha tendido a desaparecer casi por completo y salvo contadas excepciones. No obstante, subsiste hasta la actualidad una de las violaciones más elementales a la libertad de expresión, como es el asesinato de periodistas,⁶⁷¹ aunque acotada a algunos países. En la mayoría de los Estados, en cambio, comienza a prestarse atención a otros tipos de violaciones a este derecho, de los cuales el Sistema Interamericano se ha ido haciendo cargo paulatinamente.

En estos otros tipos de problemas es que concentraremos nuestro análisis, revisando sucesivamente la censura judicial, otras formas de censura y restricciones indirectas, las normas de desacato, otras formas de responsabilidades ulteriores y el acceso a la información pública.

4. CENSURA JUDICIAL

A partir de la década de los noventa la Comisión y la Corte han decidido una serie de casos específicos de prohibiciones judiciales de diversas formas de expresión. En lo sustancial, se ha tratado de una aplicación de los estándares que la Corte había desarrollado a partir de la interpretación del artículo 13 de la Convención Americana en su Opinión Consultiva N° 5, a la que recién nos hemos referido, en especial la consideración de que toda forma de medida preventiva de la emisión de expresiones

⁶⁷⁰ Ver, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso N°10.325, Steve Clark (Grenada), Informe N°2/96. El caso se refería a la incautación administrativa de cuatro cajas de libros en el Aeropuerto Point Salines de Grenada. Entre los libros incautados se hallaban "La lucha es mi vida", de Nelson Mandela; "Maurice Bishop habla"; "La revolución de Grenada 1979-1983"; "Nada puede detener el curso de la historia"; "Una entrevista con Fidel Castro, por el Congresista Mervyn Dymally y Jeffrey M. Elliott"; "Un pueblo, un destino"; "El Caribe y Centroamérica hoy", editados por Don Rojas, "Malcolm X habla", y "Nuestro hombre en La Habana", de Graham Greene.

⁶⁷¹ Véase, por ejemplo, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso N°10.548, Hernán Bustíos Saavedra (Perú), Informe 38/97; Caso 11.739, Héctor Félix Miranda (México), Informe N° 50/99; Caso 11.740, Víctor Manuel Oropeza (México), Informe 130/99. Durante la primera década del siglo XXI la Comisión Interamericana y su Relatoría Especial para la Libertad de Expresión emitieron numerosos comunicados de prensa en que se condenan asesinatos de periodistas.

constituye una forma de censura. Esto ha ocurrido, en lo que concierne a la Corte, en los casos de la película “La Última Tentación de Cristo”⁶⁷² y en el del libro “Ética y Servicios de Inteligencia” (Caso de Humberto Palamara Iribarne),⁶⁷³ ambos seguidos contra Chile. La Comisión, además de decidir en la primera fase los dos casos mencionados, hizo lo propio en los de los periodistas Francisco Martorell⁶⁷⁴ (a quien se le prohibió por los tribunales chilenos la circulación de su libro “Impunidad Diplomática”) y Alejandra Matus⁶⁷⁵ (quien se vio afectada por la misma medida por su

⁶⁷² Corte IDH, *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y Otros contra Chile)*, sentencia de 5 de febrero de 2001. Durante los primeros años de la transición chilena el Consejo de Calificación Cinematográfica mantuvo su política de censurar determinadas obras. Más tarde la composición del Consejo fue modificada y, promediando la década de los noventa, el Consejo levantó la prohibición que había impuesto en la época de la dictadura para exhibir la película “La Última Tentación de Cristo. Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Santiago primero y la Corte Suprema después, pronunciándose a propósito de un recurso de protección, resolvieron mantener la censura, por considerar la película lesiva para la honra de un grupo de católicos, de la Iglesia católica y del mismo Jesucristo, señalando, además, que el Consejo carecía de la facultad de levantar la prohibición de películas que hubiera sido dispuesta por los tribunales. En los años ochenta, la prohibición de “la Última Tentación de Cristo” había sido apelada ante los tribunales y estos habían confirmado la censura de esta película. El caso fue entonces presentado ante la Comisión Interamericana, la que estableció una violación de la Convención Americana, siendo posteriormente enviado a la Corte Interamericana, la que resolvió de igual manera en febrero de 2001. La Corte reafirmó lo sostenido en la Opinión Consultiva N°5, en cuanto a que toda medida preventiva de emisión de expresiones constituye censura. Además, señaló que “la responsabilidad internacional del Estado (...) se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial” (párrafo 72). Consecuentemente, el tribunal dispuso que el Estado debía reformar la Constitución Política, lo que se hizo en el sentido anotado.

⁶⁷³ Corte IDH, *Caso Humberto Palamara Iribarne vs. Chile*, Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Este caso lo describo más adelante.

⁶⁷⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 11.230, Francisco Martorell (Chile), Informe N° 11/96. El libro se refería a supuestas orgías y conductas corruptas de una serie de personajes públicos, incluidos diplomáticos, empresarios y políticos. El libro fue prohibido primero por la Corte de Apelaciones de Santiago y luego por la Corte Suprema en el contexto de un recurso de protección. Se sostuvo por los tribunales que dicha prohibición era imprescindible para proteger el derecho a la honra de los afectados, que dicho derecho es superior al derecho a la libertad de expresión (basándose, entre otros, en el curioso argumento de que en la Constitución chilena el numeral que consagra el derecho a la honra antecede a aquel que reconoce la libertad de expresión), y que esta actuación judicial no representaba un acto de censura, ya que solo cabría hablar de ésta cuando sea un órgano administrativo en un régimen autoritario el que adopta tal decisión. La resolución de la CIDH, del año 1996 como se ha dicho, no ha sido cumplida, permaneciendo el libro censurado hasta la fecha.

⁶⁷⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 12.142, Alejandra Marcela Matus Acuña (Chile), Informe N°90/05. “El Libro Negro de la Justicia Chilena”, que permaneció censurado entre 1999 y 2001. Esta obra describía la situación del sistema judicial chileno desde los años sesenta, formulando acusaciones de desidia en materia de protección de los derechos humanos (las que ya habían planteadas por la Comisión de Verdad y Reconciliación) y de corrupción. Un Ministro de la Corte Suprema, Servando Jordán, a quien se aludía en el libro (y contra quien se había interpuesto una acusación constitucional por notable abandono de deberes), interpuso una querrela y pidió la prohibición, la que fue acogida. La censura de este libro produjo gran revuelo en la opinión pública y en la clase política, lo que no había ocurrido en casos anteriores durante la transición chilena. Este caso condujo a la reforma de la Ley de Seguridad del Estado (LSE) en varios aspectos, incluyendo la derogación de dos artículos de ella que habían sido históricamente empleados por los tribunales para censurar publicaciones. A raíz de esta reforma la censura de “El Libro Negro de la Justicia Chilena” fue levantada. Sin embargo, y a pesar de haber sido solicitada inmediatamente después de la reforma de la LSE, esta decisión tomó varios meses, para lo cual el tribunal se fundó en que se encontraba determinando acaso existirían otros delitos

obra “El Libro Negro de la Justicia Chilena”). Dado que, como hemos señalado, en lo sustancial dichas decisiones de la Comisión y la Corte Interamericana se basan en lo ya analizado a propósito de la Opinión Consultiva N°5, nos centraremos ahora en aquellos aspectos que sean complementarios al anterior.

En sus presentaciones ante la Comisión y la Corte en varios de los casos mencionados, el Estado de Chile ha planteado el problema de la censura previa de un modo diferente al desarrollado por la Corte en la Opinión Consultiva N°5. Dicho argumento discurre en torno a una serie de disposiciones de la Convención Americana, intentando interpretar a la luz de ellos el artículo 13 –que regula la libertad de expresión.

Una de las disposiciones invocadas en tal dirección es la del artículo 11 de la Convención, que consagra el derecho a la honra. En realidad, cuando el Estado chileno invocaba esta disposición, reproducía el debate que había tenido lugar previamente a nivel interno, puesto que fue precisamente sobre la base de una supuesta protección del derecho a la honra que los tribunales habían prohibido dos los libros mencionados (“Impunidad Diplomática” y “El Libro Negro de la Justicia Chilena”) y la película “La Última Tentación de Cristo.”

Otra disposición mencionada es la del artículo 32 de la Convención, que se refiere a la correlación entre derechos y deberes, estableciendo que [t]oda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad” (numeral 1) y agregando en su numeral 2 que “[l]os derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.”

Fernando Toller, quien comparte los argumentos del estado chileno,⁶⁷⁶ también se adentra en otro ámbito, referido al derecho a la protección judicial, que la Convención reconoce en el art. 25.1. Esta disposición establece que [t]oda persona tiene derecho a un juicio sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o

cometidos además del de la LSE por el cual originalmente la autora había sido perseguida. Esto demostró que el tribunal no consideraba que su facultad de prohibir libros hubiera desaparecido junto con la reforma de la LSE.

⁶⁷⁶ Fernando M. Toller, *Libertad de Prensa y Tutela Judicial Efectiva: estudio de la prevención judicial de daños derivados de informaciones*, Editorial La Ley, Buenos Aires (1999).

tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.” Toller señala que “este artículo no puede ser entendido restrictivamente, confinándolo a la tutela reparatoria o retributiva. Por el contrario, la norma confiere también –y especialmente- el derecho a impetrar una tutela judicial preventiva ante una amenaza de violación a esos derechos –amenaza que es en sí misma, una forma de violación-, puesto que tal tutela en ciertos casos es el único modo de ‘amparar’ al demandante.”⁶⁷⁷

Lo cierto es que en la jurisprudencia del sistema interamericano el desarrollo de la garantía de la protección judicial ha jugado un papel sumamente relevante. Ella ha sido usada, sin ir más lejos, como uno de los parámetros para determinar la incompatibilidad de las normas internas de amnistía de violaciones graves a los derechos humanos con la Convención Americana.⁶⁷⁸ De tal magnitud es su importancia, que la Corte Interamericana ha señalado desde sus primeras Opiniones Consultivas que la protección judicial se encuentra dentro de los derechos no suspendibles durante la vigencia de Estados de Excepción.⁶⁷⁹

Sin embargo, comparado con los tres aspectos mencionados anteriormente, esto es, la protección del derecho a la honra, la correlación entre derechos y deberes y la protección judicial, el artículo 13 de la Convención - referido, como hemos dicho, a la libertad de expresión- ofrece una regulación más específica. Nótese que la protección de la reputación no solo aparece en el art. 11 ya aludido, sino que es reconocida expresamente en el art.13 como un límite a la libertad de expresión. No obstante ello, el propio art.13 se encarga de señalar expresamente que la censura previa es un

⁶⁷⁷ Toller, *cit.*, p.545.

⁶⁷⁸ Véase la jurisprudencia desarrollada por la Comisión Interamericana a partir de los casos sobre las leyes de amnistía en Argentina y Uruguay: Informe N°28/92, Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311 (Argentina), 2 de octubre de 1992 e Informe n°29/92, Casos 10.029, 10.036, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.375 (Uruguay), 2 de octubre de 1992. Consúltense asimismo, Corte IDH, Caso Barrios Altos vs. Perú, sentencia de 14 de marzo de 2001 y Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de 26 de septiembre de 2006.

⁶⁷⁹ Corte IDH, *El hábeas corpus bajo la suspensión de garantías*, Opinión Consultiva OC-8/87, del 30 de enero de 1987; Corte I.D.H., *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia*, Opinión Consultiva OC-9/87, del 6 de octubre de 1987.

mecanismo prohibido, añadiendo que la vía de salvaguarda para la reputación debe ser otras, a saber, el establecimiento de responsabilidades ulteriores.

En relación con la correlación entre derechos y deberes a que se refiere el art. 32 de la Convención, en rigor, aun sin esta disposición expresa tal correlación existiría, puesto que la tarea hermenéutica en el caso del conflicto de derechos (y los derechos ajenos le acarrearán a uno deberes de respeto) consiste en ponderarlos adecuadamente. Como ha señalado la Corte Interamericana, el artículo 32.2 “[no es] aplicable en forma automática e idéntica a todos los derechos que la Convención protege, sobre todo en los casos en que se especifican taxativamente las causas legítimas que pueden fundar las restricciones o limitaciones para un derecho determinado.” La Corte añade que “[e]l artículo 32.2 contiene un enunciado general que opera especialmente en aquellos casos en que la Convención, al proclamar un derecho, no dispone nada en concreto sobre sus posibles restricciones legítimas.”⁶⁸⁰ Pero en el caso de la libertad de expresión sí se indican estas restricciones por la Convención y además se establece que existe un mecanismo prohibido, que es la censura previa.

Para ilustrar el asunto podemos recurrir a otro derecho: argumentar del modo como lo ha hecho el Estado chileno sería análogo a señalar que, dado que la libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias contempla limitaciones expresas (la protección de “la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás”, según dispone el art. 12.3 de la Convención), ello justificaría pasar por alto que existe disposición específica y expresa de que se trata de un derecho no suspendible bajo Estados de Excepción (art. 27.2 de la Convención). En otros términos, los potenciales conflictos de derechos, incluso cuando ellos aparecen explícitos en la Convención bajo la forma de limitaciones de unos a otros, no pueden resolverse a través de mecanismos expresamente prohibidos, como serían la suspensión de derechos no suspendibles de acuerdo a la Convención, o el recurso a la censura previa, prohibida por ella para épocas de normalidad constitucional.

Lo propio cabe sostener en relación con el derecho a la protección judicial. Ya hemos señalado la importancia reconocida por el sistema interamericano a este derecho.

⁶⁸⁰ Ambas citas son de Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (cit.), párrafo 65.

También hemos observado la centralidad que posee el derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, no se trata en este punto de determinar cuál de estos derechos posee un mayor peso en el caso específico (ni menos de determinar in abstracto cuál derecho posee una mayor jerarquía, como se han aventurado a hacer los tribunales chilenos,⁶⁸¹ apartándose de los desarrollos en la Teoría del Derecho y la jurisprudencia modernas⁶⁸²). Se trata de que la regulación de la libertad de expresión incluye un mecanismo prohibido, la censura previa.

En abono de la tesis sostenida por los órganos del sistema interamericano, es posible recurrir también a la distinción que realiza Dworkin entre principios y normas, observando que los primeros “tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios interfieren (...), quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno.” En tanto –añade–, “[l]as normas no tienen esta dimensión (...) cuando dos de ellas entran en conflicto, una de las dos sustituye a la otra en virtud de su mayor peso.”⁶⁸³ Aplicado esto a la materia que nos ocupa, si bien la libertad de expresión en general sería, en la terminología de Dworkin, un principio, cuyo peso relativo correspondería ponderar con el de otros principios (como el de la protección de la honra), en lo que se refiere a la prohibición de la censura previa estaríamos enfrente de una norma, que impone un deber específico, no susceptible de ser ponderado con otros estándares. En consecuencia, la ponderación entre libertad de expresión y honra a la que aludíamos hace un momento tendría lugar en el momento de establecer responsabilidades ulteriores, pero no se extendería a las etapas previas a ese momento.

Otro aspecto relevante es la determinación del momento en que deja de ser procedente hablar de censura previa. ¿Se trata solo de aquellas prohibiciones que recaen

⁶⁸¹ Se trata de una aproximación a este tipo de problemas muy corriente en la jurisprudencia chilena, que fue llevada al extremo en el caso Martorell, donde la Corte Suprema se construyó una “teoría numerológica” de la Constitución, conforme a la cual tendrían una jerarquía descendiente los derechos según el numeral del artículo 19 en que se encuentren consagrados. La tesis más habitual, que no invoca la “teoría numerológica” pero que recurre a una jerarquía de derechos, apareció reiterada en materia de libertad de expresión en la sentencia de la Corte Suprema en el caso de la obra de teatro “Prat”, en el año 2003, en la que se señala que el derecho a la honra es superior en jerarquía a aquella libertad.

⁶⁸² Véanse, por ejemplo, Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid (1993), pp.89 ss. , con abundantes ejemplos de la jurisprudencia alemana, y Ronald Dworkin, *Los Derechos en Serio*, Ariel Derecho, Barcelona (1999), pp.72 ss. Cabe hacer notar que la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos tampoco ha intentado jerarquizar in abstracto los derechos reconocidos en los tratados y declaraciones.

⁶⁸³ Ronald Dworkin, *cit.*, pp.77-78.

sobre expresiones aún no emitidas o difundidas? ¿O se extiende el concepto de censura previa hasta que se dicte una sentencia judicial firme que establezca las responsabilidades ulteriores? Para resolver esta cuestión lo central será determinar desde qué momento cabe decir que se encuentran establecidas las responsabilidades ulteriores.

La propia Convención Americana plantea explícitamente una bipolaridad, conforme a la cual existen dos tipos de mecanismos restrictivos de la libertad de expresión. El primero, ilegítimo de acuerdo a la Convención, es la censura previa. El segundo, legítimo en la medida en que se ajuste a ciertos parámetros, el establecimiento de responsabilidades ulteriores. No hay, sobre este particular, una tercera alternativa.⁶⁸⁴

Como hemos dicho, en la Opinión Consultiva N°5 la Corte Interamericana señaló que para la determinación de las responsabilidades ulteriores deben existir causales de responsabilidad previamente establecidas; hallarse tales causales definidas en forma expresa y taxativa por la ley; perseguirse fines legítimos al establecerlas; y ser ellas necesarias para asegurar dichos fines.

Ahora bien, cuando se plantea en sede judicial por vía de una medida cautelar la prohibición de difundir ciertas expresiones, ya sea a través de acciones de amparo o de medidas cautelares solicitadas en procesos penales, no se están satisfaciendo los requisitos recién reseñados. Más aún, tratándose de un recurso de protección (equivalente al amparo en el Derecho Comparado) no es solo la medida cautelar dictada al comienzo o durante la tramitación del mismo la que es contraria a la Convención Americana, sino que ni siquiera una sentencia firme recaída en un recurso de esa naturaleza pasaría el test de la Convención. Esto porque, por su carácter de cautelar, la sentencia pronunciada en dicho contexto no reúne los requisitos como para que pueda sostenerse que sea idónea para el establecimiento de responsabilidades ulteriores.

En los casos de censura antes mencionados decididos por el sistema interamericano no hubo oportunidad de que la Comisión ni la Corte emitieran un pronunciamiento respecto de este tema. En cambio, el tratamiento dado por la Comisión

⁶⁸⁴ Así lo ha señalado expresamente la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva N°5 (cit.) y posteriormente, en el caso *Herrera Ulloa*; véase, Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, Sentencia de 2 de julio de 2004.

Interamericana a la prohibición judicial del libro “Cecilia, la vida en llamas” es ilustrativo en este aspecto. El libro, una biografía no autorizada por la persona de la que trata, la cantante popular chilena Cecilia Pantoja, estuvo en venta en librerías durante casi dos meses. Sin embargo, en diciembre de 2002, un tribunal del crimen ordenó la incautación de todos los ejemplares del libro cuando el proceso penal se encontraba en sus inicios. Lo hizo como una medida preventiva, para la protección de la honra de la presunta víctima y para asegurar los medios de comisión del supuesto delito (el caso se analiza con mayor detalle más adelante en este capítulo). El autor del libro, además de impugnar a nivel judicial interno dicha incautación, presentó un pedido de medidas cautelares a la Comisión Interamericana, habida cuenta de la situación de censura previa, dado que se trataba de una incautación dispuesta sin que mediara una sentencia firme en el proceso judicial. la Comisión acogió el pedido y solicitó a Chile la adopción de medidas cautelares (de las establecidas en el Reglamento de la Comisión en su artículo 25) destinadas a levantar la prohibición del libro.⁶⁸⁵

Con el mismo criterio ha venido operando la Relatoría Especial Para la Libertad de Expresión de la Comisión, que ha manifestado su preocupación por la afectación de tal libertad no sólo cuando la prohibición ha tenido lugar antes de su difusión inicial sino en general cuando ella ha ocurrido como resultado de una medida judicial adoptada una vez que la obra ya ha comenzado a ser difundida.⁶⁸⁶

Preguntándose por la razón de ser de las perentorias disposiciones de la Convención Americana respecto de la censura, Toller plantea la posibilidad de que ello obedezca a “que la norma, adoptada en un contexto de democracias frágiles y autocracias frecuentes, fue diseñada para evitar que los gobiernos, so capa de proteger

⁶⁸⁵ Nota dirigida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Gobierno de Chile en relación con medidas cautelares solicitadas respecto del libro “Cecilia, la vida en llamas”, 7 de marzo de 2003. El art.25 del Reglamento de la Comisión dispone que “[e]n caso de gravedad y urgencia y toda vez que resulte necesario de acuerdo a la información disponible, la Comisión podrá, a iniciativa propia o a petición de parte, solicitar al Estado de que se trate la adopción de medidas cautelares para evitar daños irreparables a las personas.” En este sentido, la Comisión no ha establecido una distinción –porque, conforme a la Convención Americana no cabía hacerla- entre una situación como la de “El Libro Negro de la Justicia Chilena”, que –como apuntaríamos antes- fue prohibido e incautado por orden judicial en 1999 sin que hubiera alcanzado a ser difundido, y la de “Cecilia, la vida en llamas”, que estuvo en venta durante algún tiempo.

⁶⁸⁶ Cabe anotar la dificultad que existe para emprender investigaciones sistemáticas acerca de las prohibiciones judiciales de manifestaciones de expresión, debido a que se trata en la gran mayoría de los casos de decisiones adoptadas en virtud de medidas cautelares, de las cuales normalmente no se deja registro en las bases de datos informáticas de los sistemas judiciales.

los distintos bienes jurídicos que se enuncian en el inc.2 [del artículo 13] como merecedores de tutela *a posteriori*, establezcan en épocas de normalidad un sistema de censura previa administrativa y política.”⁶⁸⁷ Este argumento le sirve de base para interpretar la Convención de un modo tal que no prohibiría las restricciones judiciales a las expresiones.

Sin embargo, no se divisa por qué el peligro que se intentaba prevenir a través de la regulación de la libertad de expresión en la mencionada Convención no se extendería también a las prohibiciones judiciales.

En efecto, si se observa de manera general la Convención Americana, se apreciará que, a pesar de haber sido adoptada en un contexto en que muchos países del Continente Americano estaban dominados por regímenes autoritarios, muchas de sus disposiciones representaron en su momento avances significativos comparadas con las regulaciones internas de los Estados e, incluso, respecto de algunos puntos, en relación con la normativa internacional de la época. Como señalara al analizar la gestación de la Convención, ello se inscribiría dentro de la tendencia latinoamericana a aprobar garantías que nunca llegaban a ser operativas (lo cual era –y continúa siendo, aunque en menor medida- típico en el caso de las establecidas a nivel constitucional); además, muchos de los gobiernos de la época se limitaron a aprobar la Convención sin ratificarla para que entrara en vigor respecto de ellos, lo que, en la mayoría de los casos, solo se vino a realizar una vez que se emprendieron procesos de transición a la democracia.

En este sentido, la Convención Americana se mueve inequívocamente dentro de la lógica de un régimen democrático y, por lo mismo, mal pueden ser interpretadas sus disposiciones –a la manera como lo viene haciendo Toller- de un modo restrictivo, como si se tratase de meros paliativos a los excesos de regímenes autoritarios. Tanto las disposiciones sustantivas como las orgánicas y procesales (acerca de los roles de la Comisión y la Corte Interamericana) del Pacto de San José están dirigidas de manera principal a contribuir al fortalecimiento de los derechos humanos en el contexto de sistemas democráticos. Los regímenes autoritarios, en cambio, corresponden a

⁶⁸⁷ Toller, *cit.*, p.542.

situaciones anómalas dentro de la lógica de la Convención, que deben ser superadas para que este instrumento internacional alcance plenos efectos.

Más bien, y en una nota sobre el contexto en abono de la interpretación que la Comisión y la Corte Interamericana han hecho del artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica, cabría apuntar que las limitaciones históricas, tanto políticas como culturales, impuestas al debate público en nuestros países justifican de sobra una protección amplia de la libertad de expresión, de modo de fortalecer dicho debate y facilitar las condiciones para el desarrollo de un escrutinio ciudadano vigoroso respecto del quehacer de las autoridades y de los actores públicos. En sociedades en que la transparencia del quehacer público no ha sido precisamente la nota predominante, en que la sociedad civil es débil y en que los mecanismos de participación son limitados una protección significativa de la libertad de expresión resulta central.

Además, no ya en lo referido a la dimensión política de la libertad de expresión, sino a sus alcances en otras esferas, como la autonomía personal en materia religiosa y moral, así como en el ámbito de la creación artística, una protección fuerte de la libertad de expresión también es requerida en un contexto como el latinoamericano. Se trata, en efecto, de sociedades jerarquizadas, en las que históricamente se ha intentado imponer una homogeneidad cultural “desde arriba”, lo cual ha afectado a disidentes religiosos, pueblos indígenas, minorías sexuales y grupos discriminados en general, así como a muchas iniciativas innovadoras en el terreno de las artes.

Que esta protección fuerte de la libertad de expresión incluya la prohibición de la censura judicial por parte del Sistema Interamericano no es extraño, si se considera que los sistemas judiciales de la región han tradicionalmente contribuido a perpetuar este estado de cosas en los ámbitos indicados en los dos párrafos anteriores,⁶⁸⁸ brindando especial reconocimiento a las autoridades estatales y, en general, a los actores

⁶⁸⁸ En este sentido, Serna, que considera que las interdicciones judiciales de las expresiones (a las que no llama “censura judicial”) pueden justificarse en determinados contextos, señala que en el ámbito interamericano su prohibición posee lógica, teniendo “presente el dato de la debilidad y escasa independencia del poder judicial en los mismos países. Dicho sea entre paréntesis –añade- talvez sea ese dato lo que, en la situación dada, justifique la exclusión a priori de las interdicciones judiciales.” Pedro Serna, La llamada ‘censura previa judicial’ y el Derecho Constitucional argentino: consideraciones a partir de la constitucionalización de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en: *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Pedro Fix-Zamudio, Liber Amicorum*, San José de Costa Rica (1998), pp.1415-1436; la cita es de p. 1427.

públicos, así como a las tendencias culturales hegemónicas. A tanto ha llegado el asunto que, como lo demuestra paradigmáticamente el tratamiento dado en Chile a la película “La Última Tentación de Cristo”, en determinadas circunstancias han sido los propios tribunales los que le han enmendado la plana a órganos administrativos de censura, prohibiendo lo que éstos permitían.

5. CENSURA Y RESTRICCIONES INDIRECTAS

El artículo 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se refiere a diferentes formas de restricciones indebidas, que podrían llegar a constituir formas indirectas de censura. Así, el mencionado texto establece que “[n]o se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.”

La Corte Interamericana tuvo oportunidad de pronunciarse acerca de los alcances de esta disposición en el caso *Ivcher Bronstein*, en el cual dictó sentencia en 2001.⁶⁸⁹ El Sr. Baruch Ivcher Bronstein, cuya nacionalidad originaria era la israelí, llegó a Perú en 1970. En noviembre de 1984 le es otorgada la nacionalidad peruana y renuncia a la que tenía hasta entonces. Cabe señalar que para ser propietario de empresas concesionarias de canales televisivos en Perú, se requería gozar de la nacionalidad peruana. A partir de 1985 el Sr. Bronstein empieza a comprar acciones de Canal 2, llegando a poseer en la década siguiente un 53,95% de las mismas, además de ejercer los cargos de Director y Presidente del Directorio de la compañía.

En el año 1997 el programa *Contrapunto* de Canal 2 difundió una serie reportajes sobre supuestas torturas cometidas por miembros del Servicio de Inteligencia del Ejército, denunciando ingresos millonarios percibidos por Vladimiro Montesinos, asesor del Servicio de Inteligencia del Perú. Como resultado de los reportajes, el Sr. Ivcher fue objeto de acciones intimidatorias, llegando a quitársele la nacionalidad

⁶⁸⁹ Corte IDH, *Caso Yvcher Bronstein vs. Perú* (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 6 de febrero de 2001.

peruana. Dado que este último era un requisito para tener participación en la propiedad de medios de comunicación en Perú, y según da por probado la Corte Interamericana, “un juez ordenó que se suspendiera el ejercicio de los derechos del señor Ivcher como accionista mayoritario y Presidente de la Compañía y se revocara su nombramiento como Director de la misma, se convocara judicialmente a una Junta General Extraordinaria de Accionistas para elegir un nuevo Directorio y se prohibiera la transferencia de las acciones de aquél. Además, otorgó la administración provisional de la Empresa a los accionistas minoritarios, hasta que se nombrase un nuevo Directorio, retirando así al señor Ivcher Bronstein del control del Canal 2.”⁶⁹⁰

La Corte Interamericana añade que “ha constatado que, después de que los accionistas minoritarios de la Compañía asumieron la administración de ésta, se prohibió el ingreso al Canal 2 de periodistas que laboraban en el programa Contrapunto y se modificó la línea informativa de dicho programa”,⁶⁹¹ lo cual lleva a la Corte a concluir que “[e]n el contexto de los hechos señalados (...) la resolución que dejó sin efecto legal el título de nacionalidad del señor Ivcher constituyó un medio indirecto para restringir su libertad de expresión, así como la de los periodistas que laboraban e investigaban para el programa Contrapunto del Canal 2 de la televisión peruana.”⁶⁹² Por ello, la Corte Interamericana determinó que se habían violado los numerales 1 y 3 del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Otra forma de restricciones indirectas deriva de la concentración de los Medios de Comunicación. Es este un problema recurrente a nivel internacional, más allá del solo sistema interamericano. Ya sea debido a interferencias deliberadas de los Estados o por razones de economías de escala en sistema de mercado, en los hechos en muchos países existe una concentración muy significativa de los medios de comunicación en escasas manos.

Cuando se trata de circunstancias del primer tipo descrito, es decir, de interferencias estatales deliberadas, la respuesta del sistema internacional de derechos humanos es clara, como se ha manifestado en numerosos Informes de la Comisión

⁶⁹⁰ Ídem, párrafo 160.

⁶⁹¹ Ídem, párrafo 161.

⁶⁹² Ídem, párrafo 162.

Interamericana acerca de regímenes dictatoriales o de la jurisprudencia de la Corte en el recién mencionado caso *Yvcher Bronstein*.

Sin embargo, en la segunda hipótesis, relativa al desarrollo de los mercados, existe escaso desarrollo internacional. De partida, al regular la protección de la libertad de expresión, los instrumentos internacionales de derechos humanos no se refieren de manera específica a la concentración de los medios de comunicación. En el marco de la Convención Americana puede sostenerse que ello es tratado implícitamente en el numeral 3 del Art. 13, al referirse a la prohibición de la restricción de dicha libertad por vías o medios indirectos, “encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.” No obstante, ha sido recién a partir del año 2000, con la adopción de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión por la Comisión⁶⁹³, que esta segunda hipótesis ha comenzado a ser enfocada más explícitamente por el sistema interamericano.

Así, el Principio 12 de la mencionada Declaración establece que “[l]os monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos.” No obstante, la complejidad del problema persiste, puesto que a menudo la determinación de los que sea o no una concentración legítima será una cuestión de grado, para lo cual será necesario desarrollar criterios jurisprudenciales más precisos, lo cual aún no ha ocurrido, ya que el sistema interamericano prácticamente no ha conocido de casos de esta naturaleza.

Otro aspecto, complementario al anterior, a que se hace referencia en el Principio 12 es que “[l]as asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos.” Tal como el antes mencionado, se trata aquí de un problema de envergadura significativa, consistente en determinar los alcances de una obligación positiva del Estado. En este aspecto, como en el anterior, es escaso el desarrollo a nivel de los órganos interamericanos, pudiendo resaltarse solo unos pocos ejemplos, como la

⁶⁹³ Adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 108º Período Ordinario de Sesiones, del 2 al 20 de octubre de 2000.

atención que la Comisión le ha venido prestando en años recientes a la cuestión de las radios comunitarias. Sobre este aspecto, también se pronunció la Asamblea General de la OEA, al “[i]nstar a los Estados Miembros a que consideren la importancia de incluir, en el marco de sus respectivos ordenamientos jurídicos, normativa sobre la creación de medios de comunicación alternativos o comunitarios que asegure el funcionamiento independiente de los mismos, como una manera de ampliar la difusión de información y opiniones, fortaleciendo así la libertad de expresión.”⁶⁹⁴

En un fallo de la Corte Interamericana del año 2008, pronunciado en el Caso Kimel, se efectúa un pronunciamiento en la materia.⁶⁹⁵ Aunque el caso se refería de manera más directa a la cuestión de los alcances de la responsabilidad penal en materia de expresiones (por lo que lo analizaremos en el apartado respectivo), cabe dejar constancia aquí que el tribunal señaló que el Estado “no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo.”⁶⁹⁶

6. NORMAS DE DESACATO

Uno de los primeros temas de los que se hizo cargo el Sistema Interamericano con los procesos de transición fue el de las normas de desacato, a través de las cuales se confiere una protección especial (tanto mediante penas calificadas como por vías procesales) al honor de determinadas autoridades, bajo el supuesto de que con ello se protege el orden público. Como salta a la vista, se trata de un tema que apunta al núcleo central de procesos de transición desde regímenes autoritarios a regímenes democráticos, puesto que en países con una larga tradición en el primer sentido se miraba como normal que persistieran ciertas características del primer tipo de regímenes.

⁶⁹⁴ AG/RES. 2287 (XXXVII- O/07), Derecho a la Libertad de Pensamiento y Expresión y la importancia de los Medios de Comunicación, 5 de junio de 2007, párrafo 7.

⁶⁹⁵ Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina*, Sentencia de 2 de mayo de 2008.

⁶⁹⁶ Ídem, párrafo 57.

En mayo de 1992, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibió una denuncia presentada por el periodista Horacio Verbitsky, quien había sido condenado por el delito de desacato, al estimarse que había injuriado a Augusto César Belluscio, Ministro de la Corte Suprema. Las autoridades argentinas consideraron que la publicación de un artículo en el cual el periodista se refería al señor Belluscio como “asqueroso” era delito de acuerdo con el Código Penal que establecía, en el artículo 244, el delito de desacato.

En el artículo del diario *Página 12*, titulado “Cicatrices de dos Guerras”, el periodista utilizó la expresión “asqueroso” al referirse al Ministro de la Corte Suprema, haciendo referencia a una entrevista dada por el señor Belluscio en la cual éste manifestó que un proyecto de reforma para ampliar la Corte Suprema con dos Ministros adicionales le “dio asco”. El reclamante alegó que con dicho término se refería al sentido de “que tiene asco” como señalaba el Ministro en su entrevista.

Después de que se agotaran todos los recursos contemplados en la legislación argentina para reclamar por la decisión que condenó al señor Verbitsky por desacato, éste recurrió a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos alegando la violación de, entre otros, el derecho a la libertad de expresión y la igualdad ante la ley, reconocidos en los artículos 13 y 24 de la Convención Americana, respectivamente.

En nota del 15 de Septiembre de 1992, el Gobierno argentino envió a la Comisión Interamericana una copia del proyecto de ley por el que propiciaba la derogación de la figura de desacato junto con sus fundamentos y antecedentes, iniciativa que permitió llegar a un acuerdo de solución amistosa en el que el Estado de Argentina se comprometía a obtener la derogación del artículo 244 del Código Penal. Dicho artículo que consagraba la figura del desacato fue eliminado definitivamente con la Ley N° 24.198 del año 1994.⁶⁹⁷

Sin embargo, dado que se alcanzó una solución amistosa en el caso, la Comisión Interamericana no emitió una resolución final al respecto, en la que pudiera haber desarrollado su propio parecer acerca de la cuestión planteada. Atendida la importancia

⁶⁹⁷ Véase Informe Anual CIDH 1994, Caso 11.102.

del problema, la Comisión decidió, en cambio, elaborar un Informe Temático sobre el mismo, dedicado de manera general a analizar la cuestión de la compatibilidad o no de las normas de desacato con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En su Informe,⁶⁹⁸ la Comisión comienza definiendo las leyes de desacato como "una clase de legislación que penaliza la expresión que ofende, insulta o amenaza a un funcionario público en el desempeño de sus funciones oficiales."⁶⁹⁹

La Comisión Interamericana reconoce que la libertad de expresión no es un derecho absoluto, pero señala que sus restricciones deben incorporar las justas exigencias de una sociedad democrática. Destaca también el "derecho de los ciudadanos a participar en debates activos, firmes y desafiantes respecto de todos los aspectos vinculados al funcionamiento normal y armónico de la sociedad." Añade que el debate político "generará inevitablemente ciertos discursos críticos o incluso ofensivos para quienes ocupan cargos públicos (...)." ⁷⁰⁰

También enfatiza la Comisión que la información (sea que esta provenga de la prensa, de un particular o de un órgano estatal) es el más poderoso mecanismo de control, fiscalización y resguardo de la actuación del Estado. En este sentido, los órganos del Estado ejercitan una soberanía "delegada", es decir, y tal como lo expresa nuestra Constitución en su artículo 5, "La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece." Así, como los encargados de la cosa pública no actúan por ellos mismos, sino que lo hacen en nombre de las personas, sus actos deben estar abiertos al control ciudadano. Es por ello que no parece legítimo que la propia autoridad genere mecanismos que vedan la posibilidad de que se la controle.

Para asegurar una participación ciudadana eficaz es crucial que la población se encuentra bien informada y que exista transparencia del quehacer público. Si es la propia autoridad la que niega o restringe severamente a los ciudadanos el derecho de

⁶⁹⁸ *Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*; en: Informe Anual Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994, pp. 209 ss.

⁶⁹⁹ Ídem, pág. 211.

⁷⁰⁰ Ídem, p. 218.

crítica y control, no es posible resguardar adecuadamente una participación informada y que efectúe contribuciones relevantes.

Para realizar este control la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia comparada coincide en que no hay nada mejor que la más plena y abierta crítica al funcionario público. Así lo expresaba James Madison, citado por el juez Brennan, al que, a su vez, se remite la Comisión: "Si tomamos en cuenta la naturaleza del gobierno republicano, nos daremos cuenta que el poder de censura lo posee la gente sobre el gobierno y no el gobierno sobre las personas."⁷⁰¹

La Comisión sostiene que el argumento constantemente utilizado por los Estados de que "las leyes de desacato protegen el orden público porque la crítica de los funcionarios públicos puede tener un efecto desestabilizador para el gobierno" no es un argumento legítimo.⁷⁰² Cabe añadir que existe una jurisprudencia arraigada en América Latina en el sentido de establecer una especie de conexión automática entre las conductas tipificadas en la legislación penal y la afectación del orden público. En otras palabras, los tribunales ni siquiera entran a analizar acaso este último (bajo el concepto que de él tienen) ha sido o no efectivamente afectado, omitiendo cualquier ponderación de razonabilidad y proporcionalidad.

En concepto de la Comisión Interamericana, este tipo de legislación no es necesaria para asegurar el orden público y, por lo tanto, no se encuentra dentro de las limitaciones legítimas a la libertad de expresión. Las leyes de desacato contradicen el principio de que una democracia debidamente funcional constituye la máxima garantía del orden público, añade la Comisión. En una línea de argumentación que encuentra antecedentes en el Sistema Europeo, la Comisión ha señalado que el término "necesario", en el contexto del art. 13.2, debe considerarse como "algo más que útil, razonable o conveniente."⁷⁰³ Para que una limitación sea "necesaria" debe demostrarse que el fin legítimo que se persigue no puede alcanzarse razonablemente por un medio menos restrictivo de la libertad de expresión. Además las limitaciones deben ser proporcionales y ajustadas estrechamente al logro del objetivo gubernamental

⁷⁰¹ 376 US 255, 84 S.Ct., 710, 11 L.Ed.2d.686 (1964).

⁷⁰² *Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, cit., pág. 212.

⁷⁰³ Ídem, pág. 220.

propuesto. La “necesidad”, según lo ha sostenido la Corte Interamericana importa la existencia de una “necesidad social imperiosa”, por lo que no puede invocarse cualquier argumento como medio para suprimir un “derecho garantizado por la convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real”⁷⁰⁴ Si esto ocurre, la restricción aplicada no es legítima ya que no existe ni una necesidad imperiosa, ni proporción alguna entre el fin perseguido (la protección del honor o el orden público) y el derecho limitado.

Es por ello que la Comisión sostiene que la protección brindada por las leyes de desacato a los funcionarios públicos no es coherente con el objetivo de una sociedad democrática de fomentar el debate público. La aplicación de las leyes de desacato para proteger el honor de los funcionarios públicos -que actúan en carácter oficial- les otorga injustificadamente un derecho a la protección del que no disponen los demás integrantes de la sociedad. “Esta distinción -observa la Comisión- invierte directamente el principio fundamental de un sistema democrático que hace al gobierno objeto de controles, entre ellos, el escrutinio de la ciudadanía, para prevenir o controlar el abuso de su poder coactivo.”⁷⁰⁵

Además, la Comisión, recogiendo el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana, sostiene que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y colectiva. La Corte ha sostenido que si se restringe la libertad de expresión del individuo no es sólo el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a recibir informaciones e ideas. Hay, por tanto, dos dimensiones de la libertad de expresión que deben ser respetadas: por una parte, el no ser menoscabado e impedido de manifestar el propio pensamiento y, por otra, el derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.⁷⁰⁶ Esta esfera pública de la libertad de expresión es especialmente importante cuando se trata de ejercer el derecho de todo ciudadano a fiscalizar a sus autoridades.

La Comisión establece que la protección que brindan las leyes de desacato a los funcionarios públicos es incongruente con el objetivo de una sociedad democrática de fomentar el debate público, concluyendo que las leyes de desacato no son necesarias

⁷⁰⁴ Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, cit., párr. 42.

⁷⁰⁵ *Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, cit., pág.218.

⁷⁰⁶ Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, cit., párr.30.

para asegurar el orden público en una sociedad democrática y, que, por lo tanto, no resultan una restricción justificada a la libertad de expresión a luz del art. 13 de la Convención Americana. Por esto, la amenaza de responsabilidad penal por deshonrar la reputación de un funcionario público, inclusive como expresión de un juicio de valor o una opinión, no puede utilizarse como método para suprimir a los adversarios políticos y la crítica al gobierno.

De acuerdo con lo señalado por la Comisión en su Informe, la protección de la libre expresión carece de sentido si no se la extiende a las opiniones que son generalmente aborrecidas. No hay contradicción alguna en reconocer la necesidad de una sociedad políticamente organizada, compuesta de órganos capaces de mantener el orden público y hacer cumplir las leyes, y una actitud vigilante respecto del Estado. La libertad de expresión no sólo tiene una dimensión creativa, sino también un importante papel cautelar: debe comprendérsela como un instrumento indispensable para mantener los poderes del Estado bajo el escrutinio y crítica de sus ciudadanos. La Comisión subraya además que cuando la Convención Americana dispone en su art. 13.2 que, en materia de libertad de expresión, podrán establecerse limitaciones bajo la forma de responsabilidades ulteriores en la medida que ello sea necesario para alcanzar fines tales como la seguridad nacional y el orden público, se entiende que lo hace en el contexto de un sistema democrático.

La Corte Interamericana tuvo ocasión en el año 2005 de pronunciarse en un caso contencioso en que se habían aplicado normas de desacato. Se trataba del caso ya citado de Humberto Palamara Iribarne. El caso se originó en 1993, a raíz de que al Sr. Palamara, oficial retirado de la Marina de Chile que en esos momentos se desempeñaba como empleado civil a contrata de la misma, se le prohibió publicar su libro “Ética y Servicios de Inteligencia”, referido a la necesidad de adecuar las tareas de inteligencia a ciertos parámetros éticos. El intento de publicar el libro, así como declaraciones hechas a la prensa, condujeron al procesamiento del señor Palamara por los delitos de incumplimiento de deberes militares y desobediencia, así como por el delito de desacato.⁷⁰⁷

⁷⁰⁷ El delito de incumplimiento de deberes militares se habría configurado cuando el autor envió su libro a imprenta sin esperar una autorización de la Marina. A su vez, el delito de desobediencia se habría fundado en la negativa del señor Palamara de suspender la publicación una vez que fuera informado que

Por orden de un Fiscal Naval se incautaron los libros existentes en la imprenta así como todos los archivos que contenían información sobre la publicación. Además, se incautaron los ejemplares que se encontraban en el domicilio del señor Palamara y se le obligó a borrar del disco duro de su computador personal el texto del libro. Se ordenó su prisión preventiva, la que se extendió por once días.

En lo que se refiere al delito de desacato, la Fiscalía Naval consideró que se había configurado mediante las declaraciones que realizó el señor Palamara a medios de comunicación, criticando el actuar de dicha Fiscalía en los procesos que se le seguían. La sentencia de primera instancia absolvió a Palamara, estimando que los antecedentes no habían sido idóneos ni suficientes para establecer el ilícito, ni se había probado un ánimo de ofender a persona alguna. Por su parte, la Corte Marcial de la Armada, conociendo en segunda instancia, revocó la sentencia en enero de 1995 y condenó a Palamara a 61 días de presidio menor y a penas accesorias. La Corte Suprema rechazó el recurso de queja presentado por la defensa y dejó la condena firme.

La Corte aplicó criterios previamente desarrollados por la jurisprudencia de ella misma y del Sistema Europeo, señalando que “[e]l control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual se debe tener una mayor tolerancia y apertura a la crítica frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por las personas en ejercicio de dicho control democrático. Ello se aplica a los funcionarios y miembros de la Armada, incluyendo

ella había sido prohibida por estimarse por la Marina que su contenido atentaba contra la seguridad y defensa nacionales, así como por efectuar declaraciones a la prensa en circunstancias que se le había ordenado mantener reserva y no realizar comentarios críticos públicos respecto de los procesos judiciales que se seguían en su contra en relación con el libro. La sentencia respecto de estos delitos (incumplimiento de deberes militares y desobediencia) fue dictada en junio de 1994, condenándosele a penas privativas de libertad, las que fueron sustituidas en la misma sentencia por el beneficio de reclusión nocturna, y penas accesorias. La sentencia de apelación, dictada en 1997, redujo las penas impuestas y reemplazó el beneficio de reclusión nocturna por el de remisión condicional de la pena, dejando al procesado sometido a control administrativo durante el lapso de un año. Además, revocó la sentencia de primera instancia en lo referido al delito de desobediencia fundado en las entrevistas de prensa hechas por Palamara, quien, a las alturas de 1997, ya había sido condenado en un proceso paralelo que se le siguiera por el delito de desacato, como se describe en el cuerpo principal de este trabajo. Posteriormente la Corte Suprema rechazó el recurso de casación interpuesto por el señor Palamara contra la sentencia de apelación.

aquellos que integran los tribunales”⁷⁰⁸. En este sentido, era esperable que se exigiera un mayor umbral de tolerancia a la Fiscalía Naval, no por la calidad del sujeto en particular, sino por las actuaciones que llevaba a cabo, que eran de interés público.

En cuanto a la legalidad de la restricción, la Corte enfatizó la necesidad de que la limitación a un derecho sea proporcional al interés que la justifica, interfiriendo de la menor manera posible en el goce de la libertad de expresión⁷⁰⁹. En este sentido, la Corte estimó que “la legislación sobre desacato aplicada al Sr. Palamara Iribarne establecía sanciones desproporcionadas por realizar críticas sobre el funcionamiento de las instituciones estatales y sus miembros”, suprimiendo el debate esencial para una sociedad democrática, restringiendo innecesariamente la libertad de expresión.⁷¹⁰

La sentencia agrega que una adecuación de la normativa interna, como lo exige el artículo 2 de la Convención Americana, solo se satisface cuando la reforma se realiza y abarca todas las normas que impiden el ejercicio del respectivo derecho o libertad. Al respecto, observó que las reformas llevadas a cabo en Chile no habían incluido la normativa de desacato en la legislación militar, que era precisamente la que se le había aplicado al Sr. Palamara. Por otra parte, si bien la Corte valoró que durante la tramitación del proceso Chile hubiera realizado una modificación legal que derogó las normas de desacato en la ley penal ordinaria (Código Penal), llamó la atención sobre el hecho de que se mantuviera vigente en ese ordenamiento la figura de amenaza a las mismas autoridades que previamente eran el sujeto pasivo del desacato, caracterizada por ser una figura ambigua y poco limitada en cuanto a su aplicación. Exigió, por tanto, una aclaración al Estado de Chile en cuanto al alcance de esta norma en caso de que decidiera mantenerla. Al hacer esto último, la Corte fue más lejos que la Comisión, que no había formulado reparos respecto de la reforma al Código Penal chileno.

Cabe subrayar, por último, que el principal órgano político de la OEA, la Asamblea General, llamó a los Estados en 2007 a seguir los parámetros de los órganos

⁷⁰⁸ Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, cit., párrafo 83. Los casos que cita la Corte son los de *Ricardo Canese vs. Paraguay*, *Mauricio Herrera Ulloa vs. Costa Rica* e *Ivcher Bronstein vs. Perú* (de los que conociera ella misma), así como las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recaídas en los casos *Feldek vs. Eslovaquia* (2001), *Sürek vs. Turquía* (1999) y *Özdemir y Otros vs. Turquía* (2006).

⁷⁰⁹ Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, cit., párrafo 86.

⁷¹⁰ Ídem, párrafo 88.

de derechos humanos, derogando las normativas de desacato, “[t]eniendo presentes los principios 10 y 11 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), de 2000, que se refiere a la despenalización del desacato.”⁷¹¹

7. OTRAS FORMAS DE RESPONSABILIDADES ULTERIORES

El tema revisado en el apartado anterior, es decir, el de las normas de desacato, corresponde a una de las formas más evidentes de afectar la libertad de expresión bajo los estándares interamericanos. Sin embargo, con ello solo se ha confrontado uno de los muchos aspectos referidos al alcance de las responsabilidades ulteriores, aunque uno muy importante. Otros temas conciernen a la cuestión de la relevancia del interés público para determinar la legitimidad de determinadas expresiones, los alcances legítimos del uso del Derecho Penal para sancionar expresiones y al uso del estándar de la “real malicia.” A continuación revisaremos el tratamiento dado por el Sistema Interamericano a estos aspectos.

a) La relevancia del interés público de las opiniones y expresiones

Las normas de desacato ya nos remitían a la relevancia del interés público en el ejercicio de la libertad de expresión. Sin embargo, lo hacían en su forma más extrema, al tratarse de normas que establecían *a priori* un tratamiento privilegiado para ciertas autoridades. Subsisten, no obstante, problemas adicionales. En efecto, incluso en un sistema jurídico en el que se hayan derogado las normas de desacato, las autoridades continuarán recibiendo un determinado nivel de protección a su honor y privacidad, por lo que resultará necesario determinar cuál debe ser ese nivel. Otra cuestión se refiere al tratamiento que corresponde darle a la protección del honor y la privacidad de los particulares y cómo incide en ello el interés público envuelto.

Por lo que se refiere al primero de los aspectos mencionados, es decir, el de la situación de las autoridades al margen de las normas de desacato, la Comisión y la Corte Interamericana han venido desarrollando de manera consistente la tesis de que el

⁷¹¹ AG/RES. 2287 (XXXVII- O/07), cit., Preámbulo.

mayor nivel de escrutinio a que se hacen merecedoras las autoridades en un sistema democrático vuelve crucial la presencia o no de un interés público en el caso específico para determinar acaso podríamos o no estar en una situación en la que, conforme a los estándares interamericanos, pudiera sancionarse al emisor de las expresiones respectivas.

Cuando los órganos de derechos humanos del Sistema Interamericano aluden al interés público no lo hacen refiriéndose a la acepción histórica del concepto, que lo asimilaba a interés estatal y que, consecuentemente, lo entendía como una limitación a los derechos humanos. Dichos órganos lo entienden, en cambio, como el interés de la ciudadanía por tomar parte en el quehacer de los asuntos públicos. Esto implica, entre otros aspectos, el fomento del debate público, de la transparencia en la actividad de los organismos del Estado, del control por parte de la ciudadanía respecto de tal actividad y, en general, de la participación ciudadana.

El punto es que la derogación de las normas de desacato por sí sola no asegura un estado de cosas adecuado a los estándares interamericanos. Resulta perfectamente posible que aun sin tales normas las autoridades reciban un tratamiento que impida un adecuado escrutinio de la ciudadanía. La presencia de un interés público, entonces, implica que el alcance legítimo de las expresiones es mucho mayor que sin tal presencia. Un debate acalorado y unas expresiones que de otro modo podrían considerarse como atentatorias contra el honor o la privacidad, pueden no serlo si existe un interés público envuelto.

Aunque ha habido una serie de hitos en el tratamiento de este asunto por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, son dos sentencias de la Corte, ambas del año 2004, las que han venido a marcar el terreno de manera sistemática al respecto. Se trata de los fallos recaídos en los casos *Ricardo Canese vs. Paraguay*⁷¹² y *Mauricio Herrera Ulloa vs. Costa Rica*.⁷¹³ En ambos, la Corte Interamericana consideró que las sentencias penales condenatorias dictadas a nivel interno – que no aplicaban normas de desacato sino normas penales comunes- infringían la Convención Americana sobre

⁷¹² Corte IDH, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, Sentencia de 31 de agosto de 2004.

⁷¹³ Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, cit.

Derechos Humanos, fundamentalmente considerando el interés público que envolvía las aseveraciones realizadas por los señores Canese y Herrera Ulloa.

En el Caso Canese, se trataba de un candidato presidencial que en el fragor de la campaña había acusado a uno de sus contrincantes (Juan Carlos Wasmosy, quien a la postre resultaría elegido) de actos de corrupción, relacionados con la construcción de la represa de Itaipú, señalando que “Wasmosy [...] pasó desde el estado de quiebra a la más espectacular riqueza, gracias al apoyo que le brindó la familia del dictador, y que le permitió ser presidente de CONEMPA [(Consorcio de Empresas Constructoras Paraguayas), el consorcio que gozó el monopolio por parte paraguaya, de las obras civiles principales de Itaipú.” También señaló que “[e]n la práctica el Ing. Wasmosy fue el prestanombre de la familia Stroessner en CONEMPA, empresa que pasaba dividendos importantes al dictador.”⁷¹⁴ Alfredo Stroessner era el dictador paraguayo en la época en que fue levantada la represa. Canese efectuó sus aseveraciones en circunstancias de que el Congreso Nacional paraguayo tramitaba un expediente denominado “Investigación sobre corrupción en Itaipú”, en el cual se involucraba a Juan Carlos Wasmosy y a CONEMPA.⁷¹⁵

El proceso se extendió en Paraguay durante casi una década, expidiéndose sentencias condenatorias en materia penal por los tribunales de primera y segunda instancia. Además, durante la tramitación del proceso, Canese se vio impedido de viajar fuera de Paraguay –como se lo requerían sus actividades laborales– en una serie de ocasiones. Cuando el caso se encontraba pendiente en la Corte Interamericana, la Suprema Corte de Justicia de Paraguay dictó sentencia absolviendo a Ricardo Canese.

La Corte Interamericana valoró este último hecho, no obstante lo cual estimó que correspondía continuar adelante con el proceso habida cuenta de las violaciones a las que se refería la demanda interpuesta ante ella. Al señalar que la condena penal y las restricciones impuestas al Sr. Canese resultaban infundadas a la luz de la Convención Americana, la Corte tuvo en especial consideración el que las declaraciones concernían a asuntos de interés público, que estaban siendo objeto de una investigación

⁷¹⁴ *Caso Ricardo Canese* (cit.), párrafo 69.7.

⁷¹⁵ *Ídem*, párrafo 69.4.

parlamentaria y que se referían a una figura pública.⁷¹⁶ De este modo, la Corte Interamericana precisó que la situación de personas particulares a las que se refieran determinadas expresiones se ve afectada por la presencia o no de un interés público, señalando que “la protección de la reputación de particulares que se encuentran inmiscuidos en actividades de interés público también se deberá realizar de conformidad con los principios del pluralismo democrático.”⁷¹⁷

El Caso Herrera Ulloa se refería a un periodista que había efectuado varios reportajes acerca de alegaciones de corrupción de un diplomático honorario de Costa Rica en Europa. En lo sustancial, los reportajes reproducían lo ya publicado en Europa por diversos medios de comunicación. Mauricio Herrera Ulloa intentó también obtener la versión del diplomático, sin que este accediera a darle una entrevista. El periodista fue condenado en sede criminal en Costa Rica por estos reportajes. La Corte Interamericana, declarando dicha condena incompatible con la Convención Americana, sostuvo que “es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención [Americana], de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema democrático.”⁷¹⁸ Añade el tribunal que “este umbral diferente de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público.”⁷¹⁹

Lo anterior también dice relación con la posibilidad de que la ciudadanía se forme una opinión adecuada acerca de las personas que desempeñan funciones públicas. Ello resalta especialmente cuando se trata de cargos de elección popular. Como no nos hallamos en un terreno de fronteras rígidas, otro aspecto relevante es la forma en que los funcionarios públicos se presentan a sí mismos ante la opinión pública. Así, por

⁷¹⁶ Ídem, párrafos 92 y 94.

⁷¹⁷ Corte IDH, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, cit., párrafo 100.

⁷¹⁸ Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa* (cit.), párrafo 128.

⁷¹⁹ Ídem, párrafo 129.

ejemplo, si un funcionario público, o un candidato a un cargo de elección popular, presenta como un eje central de su perfil sus valores familiares, es razonable concluir que el nivel de exposición legítimo de su vida familiar será más amplio que si no fuera él mismo quien lo hubiera llevado a la arena pública.

El tribunal interamericano volvió nuevamente sobre el asunto de la libertad de expresión y el interés público en el caso de Tristán Donoso.⁷²⁰ Se trataba de un abogado condenado en Panamá por los delitos de difamación e injuria, por haber señalado en una conferencia de prensa que un funcionario del Estado había grabado sus conversaciones telefónicas privadas y las había puesto en conocimiento de la Junta Directiva del Colegio Nacional de Abogados.

La Corte tuvo en consideración el hecho de que “al momento de producirse los hechos existía en Panamá un intenso debate público, que había incluso involucrado a un juez civil y al Presidente de la Corte Suprema en torno a la atribución del Procurador General de la Nación para la interceptación y grabación de conversaciones telefónicas.”⁷²¹ La Corte precisó que “el señor Tristán Donoso realizó manifestaciones sobre hechos que revestían el mayor interés público en el marco de un intenso debate público sobre las atribuciones del Procurador General de la Nación para interceptar y grabar conversaciones telefónicas, debate en el que estaban inmersas, entre otras, autoridades judiciales.”⁷²² Atendidos estos antecedentes, la Corte Interamericana consideró que las sanciones impuestas eran desproporcionadas, vulnerando la libertad de expresión del señor Donoso. El tribunal valoró además el que, con posterioridad a los hechos del caso, Panamá reformara su legislación en la materia, eliminando los privilegios procesales de que gozaban los funcionarios públicos para la protección de su honor, así como estableciendo que sería la justicia civil y no la penal la competente para conocer de alegaciones de afectación del honor de tales funcionarios.⁷²³

⁷²⁰ Corte IDH, Caso Tristán Donoso vs. Panamá, Sentencia de 27 de enero de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). El tribunal dejó constancia de que “los alegatos presentados por las partes ponen en evidencia una vez más ante esta Corte un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión en temas de interés público y la protección del derecho a la honra y a la reputación de los funcionarios públicos.” (párrafo 93)

⁷²¹ Ídem, párrafo 96.

⁷²² Ídem, párrafo 121.

⁷²³ Ídem, párrafo 134.

b) El uso del Derecho Penal

Existe una situación en la cual la Convención Americana sobre Derechos Humanos resuelve de manera inequívoca la cuestión de si el Derecho Penal puede o emplearse en relación con expresiones. Se trata de la hipótesis regulada en el artículo 13.5, referido a la incitación a la violencia o a la discriminación. Dicha disposición establece que “[e]stará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.”

La Convención ha dedicado un tratamiento especial a esta situación habida cuenta de su gravedad. Algunos han argumentado que esta disposición autorizaría la censura previa de las expresiones a las que ella se refiere. En este sentido, Faúndez Ledesma ha apuntado que “[e]n una interpretación que no compartimos, la Comisión Interamericana ha llegado a sugerir que la prohibición de la propaganda de guerra, así como de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o a cualquier otra acción ilegal, prevista en el artículo 13, número 5, de la Convención Americana, debe entenderse en armonía con el inciso 1 del mismo artículo, que rechaza de plano la censura y sólo prescribe el establecimiento de responsabilidades ulteriores.”⁷²⁴

Un análisis sistemático del tratamiento que la Convención Americana da a la libertad de expresión, sin embargo, conduce a una conclusión diferente: lo que hace el art. 13.5 es señalar que los Estados deberán sancionar las referidas expresiones. El texto en Inglés de la Convención es más claro en este sentido, al disponer que tales incitaciones “shall be considered as offenses punishable by law.” De cualquier modo, la cuestión central no es la literalidad del texto, sino el sistema conforme al cual la Convención regula la libertad de expresión y la censura previa.

⁷²⁴ Héctor Faúndez Ledesma, *Los límites de la libertad de expresión*; Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2004 (he omitido una referencia de pie de página contenida en el texto original).

En efecto, el artículo 13 inciso 2º prohíbe la censura previa de las expresiones. En la única hipótesis en que la Convención autoriza la censura previa (para la protección de la infancia y la adolescencia, cosa que lleva a cabo el inciso 4º de la misma disposición) no solo lo hace expresamente, sino que además señala que ello es sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 2º. Ninguna referencia o remisión de este tipo contiene el inciso 5º del art. 13.

Aunque ni la Comisión ni la Corte Interamericana han decidido casos contenciosos en que hayan adoptado decisiones específicas sobre este tema, lo cierto es que de la manera en que la Corte ha tratado la cuestión de la censura previa desde la Opinión Consultiva N°5 se desprende que ella no ha interpretado el inciso 5º referido como autorizando la censura previa. Es así como tanto en esa Opinión Consultiva como en el caso de “La Última Tentación de Cristo”, la Corte ha señalado perentoriamente que, conforme a la Convención Americana, todas las medidas preventivas de las expresiones quedan prohibidas, indicando como única excepción la protección de la infancia y la adolescencia. En consecuencia, no procede la censura previa para las incitaciones que menciona el art. 5º.⁷²⁵

Ahora bien, ¿cuál es la situación respecto de todas aquellas otras expresiones no cubiertas por el artículo 13.5 de la Convención Americana? Tanto la Comisión como la Corte consideran que el Derecho Penal es una herramienta sumamente gravosa, cuya aplicación puede acarrear efectos restrictivos de gran envergadura para el ejercicio de la libertad de expresión. Sin embargo, en el estado actual de la jurisprudencia interamericana, la Comisión y la Corte no extraen las mismas conclusiones a partir de dicha constatación. Así, mientras la Comisión ha interpretado la Convención Americana en el sentido de que ella, salvo la hipótesis de incitación a la violencia o a la discriminación antes mencionada, excluye el uso del Derecho Penal en materia de expresiones referidas a funcionarios públicos o a particulares que de modo voluntario

⁷²⁵ El hecho de que, ni aun bajo las graves circunstancias caracterizadas en el inciso 5º la Convención permita la censura previa refuerza, además, el argumento de que ella no es procedente respecto de otro tipo de afectaciones a derechos, como la honra o la intimidad de las personas, que han sido los más frecuentemente invocados para perseguir la censura de expresiones en algunos países de Latinoamérica en los últimos años. Si ni para cuestiones de tanta gravedad como las mencionadas incitaciones la Convención reconoce la legitimidad de la censura previa, mal podría entenderse que ella la autoriza para esas otras infracciones, que, pudiendo llegar también a ser graves, son usualmente de menor entidad que aquellas.

participen en cuestiones de interés público, la Corte la ha entendido como limitando significativamente su empleo pero no excluyéndolo por completo.

La Comisión ha venido sosteniendo la tesis mencionada desde el Informe sobre Leyes de Desacato antes citado, cuando planteó lo siguiente:

“En la arena política en particular, el umbral para la intervención del Estado con respecto a la libertad de expresión e información es necesariamente más alto debido a la función crítica del diálogo político en una sociedad democrática. La Convención requiere que este umbral se incremente más cuando el estado impone el poder coactivo del sistema de la justicia penal para restringir la libertad de expresión. En efecto, si se consideran las consecuencias de las sanciones penales y el efecto inevitablemente inhibitorio que tienen para la libertad de expresión, la penalización de cualquier tipo de expresión solo puede aplicarse en circunstancias excepcionales en las que exista una amenaza evidente y directa de la violencia anárquica.”⁷²⁶

Posteriormente la Comisión ha reafirmado esta idea en numerosas oportunidades. En especial, resalta su incorporación en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión que la CIDH emitió el año 2000, en la que se establece que “[l]a protección a la reputación debe estar garantizada solo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público.” (Principio 10).

Refiriéndose a esta materia, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión –creada por la CIDH en 1998-⁷²⁷ ha sostenido que “la penalización de las expresiones dirigidas a los funcionarios públicos es una sanción desproporcionada con relación a la importancia que tiene la libertad de expresión e información dentro de un sistema democrático”, enfatizando la necesidad de que “se quite de la esfera penal los

⁷²⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, cit., p.222.

⁷²⁷ Como estudiáramos en el capítulo VI, la Relatoría Para la Protección de la Libertad de Expresión se inscribe dentro de una serie de relatorías temáticas que la Comisión ha creado a partir de la década de los años noventa del siglo XX. Se trata de la relatoría que ha desarrollado la labor más intensa, al ser la única cuyo Relator no es un Comisionado sino un funcionario dedicado a tiempo completo a esta materia, así como la única que cuenta con un equipo profesional propio.

delitos de calumnias e injurias cuando son utilizados para proteger el discurso crítico a la administración pública.”⁷²⁸

La Corte Interamericana, por su parte, no ha formulado una interpretación tan concluyente de la Convención respecto de esta materia. Si bien la Corte ha acogido todas las demandas interpuestas por la Comisión referidas a personas sancionadas penalmente por expresiones emitidas respecto de funcionarios públicos, y que, como citáramos anteriormente a propósito de la sentencia recaída en el caso Herrera Ulloa, ha señalado que la protección del honor debe ser inferior cuando se trata de asuntos públicos en los que intervienen ya sean funcionarios o particulares, no ha establecido, en cambio, que la sanción penal deba excluirse en estas hipótesis. En otras palabras, en casos específicos la Corte ha hallado una aplicación desproporcionada de la sanción penal, pero sin llegar a señalar que esta se encuentre excluida *per se* por la Convención Americana en relación con materias de interés público. Así ocurrió en los casos Herrera Ulloa y Canese, antes comentados, como también en el de Humberto Palamara Iribarne –posterior a los dos recién mencionados–, en el que la Corte reiteró que “el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita”⁷²⁹, pero sin excluirlo del todo, indicando que en el caso específico “se utilizó la persecución penal de una forma desproporcionada e innecesaria en una sociedad democrática.”⁷³⁰

En la sentencia dictada en el caso Kimel, al que antes hemos mencionado brevemente, el asunto volvió a plantearse, siendo objeto de un análisis especial en dos votos concurrentes, elaborados por los jueces Diego García Sayán y Sergio García Ramírez. El caso se refería a las expresiones de Eduardo Kimel en un libro de su autoría en relación con la investigación judicial del asesinato de cinco sacerdotes Palotinos, perpetrado en Argentina durante la dictadura militar. El libro, titulado “La masacre de San Patricio” se publicó años después de concluida la dictadura. Kimel, que es historiador, periodista y escritor, señaló en dicha publicación que el juez a cargo del proceso

⁷²⁸ Las citas están tomadas de *Los cinco primeros informes de la Relatoría para la Libertad de Expresión*, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica (2003), de páginas 102 y 103, respectivamente.

⁷²⁹ Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile* (cit.), párrafo 79.

⁷³⁰ Ídem, párrafo 88.

“realizó todos los trámites inherentes. Acopió los partes policiales con las primeras informaciones, solicitó y obtuvo las pericias forenses y las balísticas. Hizo comparecer a una buena parte de las personas que podían aportar datos para el esclarecimiento. Sin embargo, la lectura de las fojas judiciales conduce a una primera pregunta: ¿Se quería realmente llegar a una pista que condujera a los victimarios? La actuación de los jueces durante la dictadura fue, en general, condescendiente, cuando no cómplice de la represión dictatorial. En el caso de los palotinos, el [J]uez [...] cumplió con la mayoría de los requisitos formales de la investigación, aunque resulta ostensible que una serie de elementos decisivos para la elucidación del asesinato no fueron tomados en cuenta. La evidencia de que la orden del crimen había partido de la entraña del poder militar paralizó la pesquisa, llevándola a un punto muerto.”⁷³¹

Por tales dichos, Kimel fue condenado por los tribunales argentinos por el delito de calumnia.

Una vez presentado el caso ante la Corte Interamericana, el Estado efectuó un reconocimiento parcial de responsabilidad, incluyendo lo referido al art. 13 de la Convención Americana sobre libertad de expresión. La Corte valoró positivamente dicho reconocimiento, pero consideró pertinente, no obstante, entrar al fondo del asunto de manera de establecer “los hechos y los elementos de fondo relevantes, así como las correspondientes consecuencias, toda vez que la emisión de la sentencia contribuye a la reparación del señor Kimel, a evitar que se repitan hechos similares y a satisfacer, en suma, los fines de la jurisdicción interamericana sobre derechos humanos.”⁷³²

Al entrar al análisis de este caso, la Corte Interamericana señaló que “no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones, pero esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de

⁷³¹ Tomado de: Corte IDH, *Caso Kimel*, cit., párrafo 42.

⁷³² Ídem, párrafo 28.

aquellas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales. En todo momento la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación. (...).”⁷³³

En cambio, la Corte se aboca a estudiar ciertas bases para determinar si la aplicación del Derecho Penal en el caso concreto constituye o no una violación a la Convención Americana, apuntando que para tal efecto ella seguirá los siguientes pasos: “i) verificará si la tipificación de los delitos de injurias y calumnia afectó la legalidad estricta que es preciso observar al restringir la libertad de expresión por la vía penal; ii) estudiará si la protección de la reputación de los jueces sirve una finalidad legítima de acuerdo con la Convención y determinará, en su caso, la idoneidad de la sanción penal para lograr la finalidad perseguida; iii) evaluará la necesidad de tal medida, y iv) analizará la estricta proporcionalidad de la medida, esto es, si la sanción impuesta al señor Kimel garantizó en forma amplia el derecho a la reputación del funcionario público mencionado por el autor del libro, sin hacer nugatorio el derecho de éste a manifestar su opinión.”⁷³⁴

El tribunal interamericano consideró que la regulación penal argentina, tal como le fuera aplicada al Sr. Kimel no satisfacía los parámetros recién mencionados, por lo que estimó configurada la violación del art.13 de la Convención, entre otros derechos. Argentina derogó estas normas en cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana; así, mediante una reforma legislativa se dispuso que las expresiones sobre asuntos de interés público o los calificativos lesivos del honor que digan relación con dichos asuntos en ningún caso configurarán el delito de calumnia o el de injuria.⁷³⁵

El voto concurrente del juez García Sayán concuerda con el parecer mayoritario de la Corte sobre la compatibilidad del uso del Derecho Penal con la Convención Americana en materia de libertad de expresión. Lo que hace dicho voto es explayarse más latamente al respecto, proporcionando fundamentos adicionales. Anota así que “La dicotomía vía civil/vía penal como supuesto *divortium acquarum* del respeto o no de la libertad de expresión en el ejercicio de las “responsabilidades ulteriores” a que se refiere el artículo 13 de la Convención es rechazada por la Corte en esta sentencia. Si bien para

⁷³³ Ídem, párrafo 78.

⁷³⁴ Ídem, párrafo 58.

⁷³⁵ Ley 26.551, de 18 de noviembre de 2009.

el caso la Corte deja establecido que se abusó del poder punitivo del Estado, el Tribunal deja establecido que ‘el instrumento penal es idóneo porque sirve al fin de salvaguardar, a través de la conminación de pena, el bien jurídico que se quiere proteger, es decir, podría estar en capacidad de contribuir a la realización de dicho objetivo’ (párr. 71). Es más –añade el Juez García Sayán-, la Corte enfatiza que el Estado tiene que dotar a la sociedad de los medios para ‘establecer las responsabilidades y sanciones que fueren necesarias para obtener tal propósito’ (párr. 75).”⁷³⁶

Agrega el voto en comentario que “[d]ada la necesidad de garantizar, simultáneamente, la libertad de expresión y el derecho a la honra, la Corte deja establecido que ‘... el empleo de la vía penal debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido. La tipificación penal de una conducta debe ser clara y precisa, como lo ha determinado la jurisprudencia de este Tribunal en el examen del artículo 9 de la Convención Americana’ (párr. 77)”⁷³⁷, concluyendo que “[e]n la medida en que se produzca lo que la Corte denomina “graves lesiones”, correspondería el uso de la vía penal.”

Este último comentario del voto en análisis, sin embargo, a mi parecer, no interpreta adecuadamente la sentencia de mayoría, puesto que lo que esta señala es que, reuniéndose determinadas exigencias puede emplearse la herramienta penal, pero no que los Estados estén obligados a utilizarla en tales situaciones, como parece desprenderse del voto del Juez García Sayán. En este sentido, no puede asimilarse lo sostenido por la Corte a la regulación del art. 13.5 – al que antes hemos hecho mención-, que exige la prohibición de determinadas expresiones.

Por su parte, el voto concurrente del Juez García Ramírez pone énfasis en el uso moderado del Derecho Penal. En primer lugar, lo hace en términos generales:

“[...] es preciso indagar la forma racional de prevenir y combatir la violación de los derechos. Con alguna frecuencia --cuyo crecimiento debiera ser motivo de alarma, y en ocasiones lo es de complacencia, con

⁷³⁶ Corte IDH, *Caso Kimel*, cit., Voto concurrente Juez García Sayán, párrafo 19.

⁷³⁷ Ídem, párrafo 21.

escasa memoria histórica y grave error de previsión-- se acude a la vía penal para enfrentar conductas ilícitas. Y dentro de esa vía, se opta por las medidas más rigurosas, que pudieran ser inmoderadas o excesivas en general y en particular y que a menudo resultan ineficaces y contraproducentes. En suma: desproporcionadas si se acepta que debe existir proporcionalidad --que es, en esencia, racionalidad-- entre la restricción autorizada y la medida que se aplica al amparo de aquélla. Por supuesto, el expediente penal se halla al alcance de la sociedad y del Estado para combatir las afectaciones más graves de los bienes públicos y privados, que no pueden ser protegidos con instrumentos y reacciones menos rigurosos. Pero el acceso a ese expediente del control social no significa, en modo alguno, que sea el único practicable, ni el primero en la escena, ni el más adecuado en todos los casos.”⁷³⁸

En seguida, refiriéndose a la materia del derecho a la libertad de expresión y el empleo del Derecho Penal a su respecto, aunque el Juez García Ramírez no se pronuncia abiertamente por la incompatibilidad de su uso en lo relativo a injurias y calumnias --y de allí que no se trate de un voto disidente, sino de uno concurrente--, deja planteado el problema (al que ya se había referido en el caso *Herrera Ulloa*), observando que “antes de discurrir sobre la mejor o peor formulación de tipos penales con los que se pretende combatir los excesos en el ejercicio del derecho a la expresión por parte de periodistas --que fue el tema en *Herrera Ulloa*, y vuelve a serlo, en alguna medida, en *Kimel*--, es preciso resolver si la vía penal constituye el medio adecuado --por único, necesario o siquiera conveniente-- para proveer la reacción jurídica que merece una conducta indebida en este ámbito”,⁷³⁹ apuntando que “la vía penal no es ese medio adecuado y admisible. Para afirmarlo tomo en cuenta que existen otros medios de control y reacción menos restrictivos o lesivos del derecho que se pretende afectar y con los que es posible lograr el mismo fin, en forma que resulta: a) consecuente con el derecho del ofendido por el agravio, y b) suficiente para acreditar el reproche social, que constituye un cauce para la satisfacción del agraviado.” Añade el Juez García Ramírez que “[s]i la vía penal no es ese medio adecuado, su empleo contravendrá la exigencia de ‘necesidad’ que invoca el artículo 13.2, el imperativo de ‘interés general’ que menciona

⁷³⁸ Corte IDH, *Caso Kimel*, cit., Voto concurrente Juez García Ramírez, párrafo 16.

⁷³⁹ Ídem, párrafo 18.

el artículo 30, y las razones vinculadas a la ‘seguridad de todos y a las justas exigencias del bien común’ que menciona el artículo 32. Esa vía será, por lo tanto, incompatible con la Convención Americana y deberá ser reconsiderada.”⁷⁴⁰

Por lo anterior –concluye el voto del Juez García Ramírez–, será necesario determinar acaso no será suficiente confrontar estas situaciones mediante el establecimiento de otros tipos de responsabilidades, a través del empleo de mecanismos de carácter civil o administrativo, como ya se hace a propósito de numerosos supuestos de conducta ilícita.⁷⁴¹

En conclusión, la Comisión ha planteado la necesidad de derogar las sanciones penales cuando se trate de funcionarios públicos o de expresiones formuladas a propósito de asuntos de interés público. La Corte no ha llegado a plantearse en tales términos, aunque sí ha acotado significativamente las posibilidades de emplear legítimamente las sanciones penales en la materia, atendiendo especialmente a la cuestión del interés público que pueda hallarse envuelto en cada caso.

Cabe considerar, finalmente, que en la Resolución del año 2007 de la Asamblea General de la OEA sobre Libertad de Expresión a la cual ya hemos hecho mención, aunque con un lenguaje diplomático, “se invita” a los Estados a seguir las recomendaciones de la Relatoría en la materia de la CIDH en el sentido de regular injurias y calumnias “en el ámbito exclusivo del derecho civil.”⁷⁴²

c) La doctrina de la real malicia

La Comisión Interamericana y su Relatoría para la Libertad de Expresión han venido planteando la necesidad de que se adopte la real malicia como estándar para aquellos casos en que los presuntamente afectados por expresiones son funcionarios públicos o figuras públicas. La Comisión ha planteado esto incluso en varias demandas interpuestas ante la Corte, pero esta no se ha pronunciado al respecto, basando sus decisiones en otros parámetros.

⁷⁴⁰ Ambas citas son de *ídem*, párrafo 19.

⁷⁴¹ *Ídem*, párrafo 20.

⁷⁴² AG/RES. 2287 (XXXVII- O/07), cit., párrafo 12.

Conforme a la doctrina de la real malicia, una persona solo podría ser sancionada por expresiones emitidas respecto de funcionarios públicos o particulares que intervienen en asuntos públicos cuando haya actuado con despreocupación temeraria acerca de la veracidad o falsedad de sus dichos o haya emitido su expresión de manera deliberada a sabiendas de que lo señalado era falso. Esta doctrina, de origen estadounidense, formulada a partir del caso *New York Times vs. Sullivan*,⁷⁴³ es claramente contraria a la imperante tradicionalmente en los países de América Latina, donde suele prevalecer la exigencia de que quien emite las expresiones pruebe la veracidad de las mismas, a través de la llamada *exceptio veritatis*. Conforme describe esta doctrina un ex Relator sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana, “se necesita más que una comparación con una conducta razonable de un hombre prudente en ese momento, ya que debe haber suficiente evidencia de que, en el caso concreto, el enjuiciado tenía en consideración serias dudas sobre la veracidad de la información”, añadiendo que, por ello, las “fallasen la investigación periodística, aunque una persona razonable y prudente no las hubiera tenido, son insuficientes para establecer *reckless disregard* [despreocupación temeraria].”⁷⁴⁴

Ya desde su Informe sobre Leyes de Desacato la Comisión indicó la inadecuación de la *exceptio veritatis* respecto de los estándares interamericanos, señalando que “[i]nclusive las leyes que permiten esgrimir la verdad como defensa inhiben inevitablemente el libre flujo de ideas y opiniones al transferir la carga de la prueba al que expresa sus opiniones.”⁷⁴⁵ Ello resulta especialmente gravoso cuando las expresiones se refieren a funcionarios públicos, puesto que estos suelen encontrarse en una posición superior a la de un particular que expresa opiniones respecto de esos.

Por lo demás, cuando se trata no de juicios de hecho sino de juicios de valor, la *exceptio veritatis* resulta completamente inoperante, por resultar imposible probar la

⁷⁴³ 376 US 255, 84 S.Ct., 710, 11 L.Ed.2d.686 (1964). El Caso Sullivan se refería específicamente a los funcionarios públicos; la jurisprudencia posterior extendió la aplicación de esta doctrina a las figuras públicas envueltas en temas de interés general. Véase, *Associated Press vs. Walker*, 18 L.Ed.2d. 1094 (1967) y *Curtis Publishing Co. vs. Butts*, 388 US., 130, 87 S. Ct., 1975.

⁷⁴⁴ Eduardo A. Bertoni, ‘New York Times vs. Sullivan’ y la malicia real de la doctrina; en: Eduardo A. Bertoni, Alberto Bovino, Fabricio Guariglia y Hernán V. Gullco, *Libertad de Prensa y Derecho Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 61-86; las referencias son de pág. 75.

⁷⁴⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre Leyes de Desacato*, cit., p.223.

veracidad de lo señalado. La Comisión ha notado a este respecto que “la crítica política se realiza frecuentemente mediante juicios de valor y no mediante declaraciones exclusivamente basadas en hechos. Puede resultar imposible demostrar la veracidad de las declaraciones dado que los juicios de valor no admiten prueba.”⁷⁴⁶

La Corte ha concordado en casos sometidos a su conocimiento que la *exceptio veritatis* resultaba inadecuada. Así, en la sentencia recaída en el caso Herrera Ulloa, estableció que el juez de la jurisdicción interna “sostuvo que la *exceptio veritatis* invocada por el querellado debía ser desechada porque este no logró probar la veracidad de los hechos atribuidos por diversos periódicos europeos al señor Félix Przedborski, sino que solo pudo demostrar que ‘el querellante fue cuestionado a nivel periodístico en Europa.’ Esto significa – añade la Corte Interamericana- que el juzgador no aceptó la excepción mencionada porque el periodista no había probado la veracidad de los hechos de que daban cuenta las publicaciones europeas; exigencia que entraña una limitación excesiva a la libertad de expresión (...).”⁷⁴⁷

Sin embargo, hasta hace unos años la Comisión en general no se refería expresamente a la real malicia. En rigor, quien primero lo hizo de manera explícita fue el Relator Especial en la materia, cuando señalara que aunque en el Informe de la Comisión sobre las leyes de desacato “no se hace mención expresa a la doctrina de la real malicia, es posible concluir que ésta es aceptada por la Comisión, a partir del momento en que se reconoce el principio de mayor escrutinio de las figuras públicas y se afirma que la *exceptio veritatis* no es una defensa suficiente para garantizar adecuadamente la libertad de expresión.”⁷⁴⁸

En su demanda ante la Corte en el caso Canese, la Comisión se refiere a la necesidad de emplear el estándar de la real malicia. Así, señala que “[l]a no punibilidad debería establecerse en el caso de manifestaciones realizadas en el ámbito de cuestiones de interés público, como puede ser la contienda electoral. En estos casos se pueden aplicar acciones civiles siempre que se cumpla con el estándar de la real malicia, es decir, se debe probar que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de

⁷⁴⁶ Ídem.

⁷⁴⁷ Corte IDH, Sentencia Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, cit., párrafo 132.

⁷⁴⁸ Los cinco primeros informes de la Relatoría para la Libertad de Expresión, cit., p.99.

dañar o tuvo pleno conocimiento de que estaba difundiendo noticias falsas. La sanción penal como consecuencia de expresiones de interés público resulta incompatible con lo dispuesto en el artículo 13.3 de la Convención. Existen otros medios menos restrictivos mediante los cuales las personas involucradas en asuntos de interés público pueden defender su reputación frente a ataques infundados.”⁷⁴⁹

En la misma línea de invocar la aplicación de esta doctrina, en la demanda interpuesta por la Comisión en el Caso Herrera Ulloa, se señaló que “las acciones judiciales por difamación, calumnias e injurias, interpuestas por funcionarios públicos o personas privadas involucradas voluntariamente en asuntos de interés público, no deben tramitarse en la vía penal sino en la civil, aplicando el estándar de la real malicia, el cual revierte la carga de la prueba, de manera que el deber de demostrar que el comunicador tuvo intención de infligir daño o actuó con pleno conocimiento de que estaba difundiendo noticias falsas recae en el supuesto afectado.”⁷⁵⁰ Por su parte, los representantes de la víctima ante la Corte, observaron que “las acciones por difamación, calumnias e injurias, interpuestas por funcionarios públicos, no deben tramitarse en la vía penal sino en la civil, aplicando el estándar de la real malicia”,⁷⁵¹ agregando que “la difusión de información relacionada con las actividades de un funcionario público sobre temas de interés público sólo podría acarrear responsabilidad civil, en caso de existir dolo manifiesto en aplicación de la mencionada doctrina de la real malicia.”⁷⁵²

En el Caso Kimel, que antes analizáramos, la Corte establece como estándar que “en el marco de la libertad de información (...) existe un deber del periodista de constatar en forma razonable, aunque no necesariamente exhaustiva, los hechos en que fundamenta sus opiniones. Es decir, resulta válido reclamar equidad y diligencia en la confrontación de las fuentes y la búsqueda de información. Esto implica el derecho de las personas a no recibir una versión manipulada de los hechos. En consecuencia, los

⁷⁴⁹ Corte IDH, Sentencia Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, cit., párrafo 72.h (mencionando lo citado como parte de los alegatos de la Comisión).

⁷⁵⁰ Corte IDH, Caso Mauricio Herrera Ulloa, cit., párrafo 101.4.c), que cita a la Comisión.

⁷⁵¹ Ídem, párrafo 102.5.c), que hace referencia a la posición de dichos representantes.

⁷⁵² Ídem, párrafo 102.5.e).

periodistas tienen el deber de tomar alguna distancia crítica respecto a sus fuentes y contrastarlas con otros datos relevantes.”⁷⁵³

Según se aprecia, al fundamentar su decisión en el Caso Kimel, la Corte Interamericana omite toda referencia a la real malicia, a la que tampoco ha aludido en forma expresa en otras oportunidades.

8. UN BALANCE SOBRE CENSURA PREVIA Y RESPONSABILIDADES ULTERIORES

En el balance, conviene preguntarse ahora acerca de si la distinción entre censura previa y responsabilidades ulteriores resulta realmente significativa en el contexto del Sistema Interamericano. Un ex Relator de Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se lo ha planteado mediante la siguiente pregunta: ¿puede la aplicación de responsabilidades ulteriores equiparar en sus consecuencias a la censura previa?, observando que “si se considera beneficioso que el ordenamiento jurídico impida el control previo de una determinada expresión para así garantizar el libre flujo de ideas en el mercado o el descubrimiento de la ‘verdad’, no se explican los motivos que, simultáneamente, se ‘amenace’ con la persecución privada o estatal a quien se pronunció libremente, porque ello genera inhibiciones en las personas que posiblemente conducirían a que las ideas no luyan libremente ni se llegue al conocimiento de la verdad.”⁷⁵⁴ Añade el autor que “[u]na posición intermedia que podría permitir salir de este laberinto parece encontrarse en fórmulas como las que prescribe el art. 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: censura previa nunca, responsabilidades ulteriores sólo en ciertos casos y bajo ciertas condiciones.”⁷⁵⁵

Como hemos revisado en los párrafos precedentes, uno de los ejes de la discusión acerca de lo que constituya censura previa está dado por la delimitación de las responsabilidades ulteriores. Más aún, hemos sostenido que en el Sistema

⁷⁵³ Corte IDH, Caso Kimel, cit., párrafo 79.

⁷⁵⁴ Eduardo Andrés Bertoni, *Libertad de expresión en el Estado de derecho*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pág.31.

⁷⁵⁵ Ídem.

Interamericano rige una situación nítida de bipolaridad, de acuerdo con la cual no existe un tercer ámbito distinto de la censura previa y las responsabilidades ulteriores.

A veces se objeta, sin embargo, que este énfasis en la mencionada distinción oscurece el hecho de que un sistema de responsabilidades ulteriores también posee un efecto preventivo. En efecto, un sistema tal, especialmente si posee carácter penal, pero aun si solo es de naturaleza civil, persigue prevenir la comisión de determinadas conductas.

Esta objeción ya fue planteada por Roscoe Pound, cuando apuntara que la distinción entre las medidas de censura “y la declaración de un tribunal de que una amenazada publicación envuelve una violación gruesa y palpable de derechos privados para los cuales una acción de daños y perjuicios no sería solución, seguida por un proceso por *contempt* en caso de violación, no es muy sustancial. No puede negarse de que para la mayoría esas limitaciones pueden reconciliarse con la doctrina de que está prohibida toda interferencia preventiva con la publicación. Pero esta doctrina hace que la garantía [de la libertad de expresión] sea meramente formal (...).”⁷⁵⁶

Desde luego, desde el punto de vista del sistema internacional de derechos humanos en general y del sistema interamericano en particular, no ha sido pasada por alto la relevancia de regular adecuadamente la regulación de las responsabilidades ulteriores en materia de libertad de expresión. Como ya hemos visto, la propia Corte Interamericana ha acometido la tarea de precisar en qué consisten esas responsabilidades ulteriores. Además, en lo relativo a la Comisión Interamericana, ella se ha abocado a la revisión de diversas normativas referentes a dichas responsabilidades, especialmente las denominadas “normas de desacato”, a las cuales ya se ha hecho mención. Asimismo, los referidos órganos interamericanos de derechos humanos han revisado otras normativas que establecen responsabilidades ulteriores en materia de expresión y opinión. De hecho, la Comisión ha planteado la necesidad de sacar estas materias del ámbito penal, por lo desmedida que resulta esta herramienta para lidiar con esos asuntos. La única excepción que ha reconocido la Comisión se

⁷⁵⁶ Roscoe Pound, *Equitable Relief Against Defamation and Injuries to Personality*, *Harvard Law Review* 29 (1916), pp.640-682; la referencia es de pp. 653-55; citado por Toller (*cit.*), p.584.

funda en el numeral 5 del artículo 13 de la Convención, que, como hemos señalado, establece la necesidad de prohibir la propaganda a favor de la guerra y ciertas incitaciones a la violencia basadas en consideraciones discriminatorias. Por otra parte, regulaciones civiles desproporcionadas, que, por ejemplo, establezcan indemnizaciones multimillonarias y sin distinción para medios de comunicación grandes o pequeños financieramente pueden producir también un efecto muy gravoso sobre el ejercicio de la libertad de expresión.

Como se ha desarrollado latamente en la jurisprudencia de EE.UU., las responsabilidades ulteriores, cuando son demasiado gravosas para la libertad de expresión, producen un “chilling effect”, es decir, un efecto de “enfriamiento” de las expresiones y del debate público. Bajo tales circunstancias podría ocurrir que los medios de comunicación o personas naturales no emitan determinadas expresiones, por temor a las sanciones que ello les acarrearía.

A ello cabe añadir que un sistema de responsabilidades ulteriores que comprenda normas vagas, como, por ejemplo, las que incluyan tipos penales en blanco (pero no solo ellas), pueden resultar igualmente lesivas para la libertad de expresión, impidiendo en la práctica una libre formulación de las ideas. Tal ha sido el caso en Chile de muchas normas contenidas en la Ley de Seguridad del Estado.

Habidas las consideraciones recién expuestas, ¿no será ocioso, entonces, continuar poniendo énfasis en el problema de la censura previa y en su distinción con las responsabilidades ulteriores? ¿No se tratará, además, de un fenómeno marginal en la actualidad, que, por lo mismo, no merece mayor atención?

Hay que tener en cuenta que lo que aquí se plantea no es poner énfasis en la cuestión de la censura previa *en desmedro* de la atención que se preste a la forma en que se halle regulado el sistema de responsabilidades ulteriores. No se trata, por cierto, de poner énfasis en la censura previa y al mismo tiempo entregar una suerte de “cheque en blanco” a los Estados en lo referido a dichas responsabilidades. Sin embargo, la distinción conceptual entre censura previa y responsabilidades ulteriores continúa poseyendo relevancia por las razones que paso a explicar.

El hecho de que un sistema de responsabilidades ulteriores posea también un efecto disuasivo no significa que sea conceptualmente asimilable a la censura previa, cuyo núcleo, por definición, consiste en su carácter preventivo. Los sistemas jurídicos comprenden numerosos tipos de medidas cautelares, que no son conceptualmente asimilables a las sanciones a posteriori. Como señala Bickel, “una restricción previa, por contraste [con las responsabilidades ulteriores] y por definición, da una sanción inmediata e irreversible. Si puede decirse que una amenaza de sanciones penales o civiles después de la publicación ‘enfría’ la expresión, una restricción previa la ‘congela’, al menos por un tiempo.”⁷⁵⁷

Además, cabe tener en consideración que en el caso de las responsabilidades ulteriores la decisión última de ponerse o no en una posición de riesgo y emitir o no la expresión recae en el (potencial) emisor y no en un órgano estatal.

Aunque el efecto disuasivo que puede llegar a producir el sistema de responsabilidades ulteriores sea enorme, no puede disolvérsela en un todo común con la censura previa. Esto solo generaría confusión y desprotección para la libertad de expresión. En efecto, mientras tratándose de la censura previa su prohibición en tiempos de normalidad constitucional es absoluta bajo el sistema interamericano, lo propio no acontece respecto de las responsabilidades ulteriores, respecto de las cuales lo que impone la normativa interamericana es ceñirlas a ciertos parámetros. Situar a estas últimas como parte de un *continuum* con la censura previa significaría restarle importancia y perentoriedad a la prohibición de esta última y haría desaparecer el parámetro más claro en la materia.

Pero además, desechar esta distinción tendría efectos perjudiciales para el propio sistema de responsabilidades ulteriores. Dejar de lado la prohibición perentoria de la censura muy probablemente conduciría también a una relajación del escrutinio y revisión crítica de las sanciones a posteriori. Eliminado el parámetro más elemental, la fuerza de los demás parámetros tendería a diluirse.

⁷⁵⁷ Alexander Bickel, *The Morality of Consent*, Yale University Press (1975), p. 61; citado por Toller (*cit.*), p. 585.

9. ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

La fuente del derecho de acceso a información pública en el Sistema Interamericano se encuentra, según lo ha venido desarrollando la jurisprudencia de dicho sistema, en el art. 13. 1 de la Convención Americana, el que señala que “[t]oda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.” Como hemos señalado anteriormente, se trata de una disposición idéntica a la contenida en el artículo 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

, sin que en el contexto de este último instrumento, sin embargo, se haya arribado a una interpretación tan concluyente como la alcanzada en la jurisprudencia del Sistema Interamericano.

Durante mucho tiempo la interpretación predominante de estas y otras disposiciones análogas por los órganos internacionales de derechos humanos – incluidos los del sistema interamericano- ha consistido en sostener que ellas prohíben al Estado interferir en la libre circulación de ideas y otras formas de expresión, pero sin que de ellos se dedujera que se imponía al estado una obligación positiva de poner a disposición de la ciudadanía la información que obra en su poder. A título ilustrativo, algunas maneras de hacer efectiva disposiciones de esta índole consistirían en el libre acceso de los periodistas a potenciales fuentes de información, así como la libertad de investigación académica.

Aunque la Opinión Consultiva N°5 de la Corte Interamericana no se refería propiamente - como ya hemos visto anteriormente- al derecho de acceso a la información pública sino a la colegiación obligatoria de periodistas, ella ha constituido también en lo relativo a ese derecho una base importante para la argumentación posterior desarrollada por la jurisprudencia. Así, la OC-5 enfatiza en diversos pasajes la doble dimensión del derecho a la libertad de expresión: una individual, referida al desarrollo de la autonomía personal, y otra social, concerniente al papel central que la

libertad de expresión desempeña en un sistema democrático de gobierno. En esta segunda dimensión es que se sitúa –entre otros alcances- el acceso a la información pública, de la manera en que lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia ulterior del Sistema Interamericano (la OC-5 no se refiere explícitamente a ella).

La ampliación de la interpretación de la norma relativa a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas comenzó –tanto a nivel interno de los estados como a nivel del sistema interamericano- con la institución del *habeas data*. Esta institución –garantizada en una serie de Constituciones Políticas americanas- permite acceder a información en poder del Estado que afecte al individuo reclamante. A través de este mecanismo incluso se ha podido obtener información en América Latina sobre archivos secretos de las antiguas dictaduras.⁷⁵⁸

Recientemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dado un paso significativo en la consideración del derecho de acceso a la información pública, en el caso *Claude Reyes y Otros vs. Chile*.⁷⁵⁹ En dicho fallo, el mencionado tribunal interpreta el artículo 13.1 de la Convención Americana en términos de que incluye ese derecho.

El caso se originó a raíz de la negativa del Estado de brindar a tres personas la información que solicitaban del Comité de Inversiones Extranjeras, en relación con la empresa forestal Trillium y el Proyecto Río Cóndor, que se refería a un proyecto de deforestación en el sur de Chile. La Corte resalta la gran discusión pública que el Proyecto produjo en Chile, debido al impacto ambiental que podía tener.

De acuerdo a lo señalado en el juicio ante la Corte Interamericana por una abogada del Comité de Inversiones Extranjeras, dicho organismo “consideró de carácter reservado toda aquella información referida a terceros cuya entrega pudiera constituir

⁷⁵⁸ Esto sucedió, por ejemplo, en Paraguay, donde a raíz de un *habeas data* interpuesto ante los tribunales locales por una víctima de torturas de la dictadura de Stroessner, se abrió la puerta para el descubrimiento de una serie de archivos de dicho régimen. Ello permitió comprobar que un gran número de personas desaparecidas había estado en poder de la policía paraguaya antes de su desaparición. También consta allí la entrega de personas por parte de la policía paraguaya a organismos de inteligencia argentinos y chilenos, personas que posteriormente desaparecieron. Véase, International Human Rights Law Group y Comité de Iglesias, *Tortura en Paraguay: pasado y presente*, Ediciones del Comité de Iglesias, Asunción, 1993.

⁷⁵⁹ Corte IDH, *Caso Claude Reyes y Otros vs. Chile*, sentencia de 19 de septiembre de 2006.

un atentado a la privacidad de sus titulares, arriesgando de manera irresponsable el resultado de las actividades de los inversionistas en [Chile].”⁷⁶⁰ La Corte también deja constancia de que el Comité de Inversiones Extranjeras no adoptó una decisión escrita en la cual fundamentara la denegatoria de entregar la información solicitada respecto de varios de los puntos que se solicitaba. Ya en el proceso seguido en la Corte Interamericana, la persona que se había desempeñado como Vicepresidente Ejecutivo del mencionado Comité por la época en que se pidieron los antecedentes señaló que “la entrega de aquellos antecedentes iba contra el interés colectivo”, el cual era “el desarrollo del país”, añadiendo que [e]l Comité y el Vicepresidente definían qué era de interés colectivo”⁷⁶¹ y que hasta el año 2002 el Comité de Inversiones Extranjeras “mantuvo el criterio de entregar sólo información de la cual era titular”⁷⁶²

El núcleo de la tesis de la Corte Interamericana se despliega en el párrafo 77 de la sentencia, cuando establece el carácter de derecho fundamental del acceso a la información pública, a partir de la interpretación que realiza del art. 13 de la Convención Americana. Así, la Corte señala:

“En lo que respecta a los hechos del presente caso, la Corte estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto.”

La Corte añade que “[d]icha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede

⁷⁶⁰ Ídem, párrafo 48 b) 4 (declaración de Liliana Macchiavello Martini).

⁷⁶¹ Ídem, párrafo 57.20 a).

⁷⁶² Ídem, párrafo 57.21.

permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea.” Estas dos dimensiones ya habían sido mencionadas por la Corte Interamericana en numerosas ocasiones a partir de la Opinión Consultiva N°5, pero ella no había tenido oportunidad de pronunciarse anteriormente al caso Claude acerca de las implicaciones que ello pudiera tener para el acceso a la información pública.

Para fundamentar su interpretación, la Corte recoge una serie de antecedentes de *soft law*, a nivel de los distintos sistemas internacionales, así como elementos estrechamente relacionados con el acceso a la información pública tanto de fuentes internacionales como de sistemas jurídicos internos, como una manera de dar sustento a su innovadora tesis. De este modo, la Corte hace referencia a una serie de resoluciones de la Asamblea General de la OEA, a la Carta Democrática Interamericana (que no se refiere expresamente al derecho de acceso a la información sino a los principios de transparencia y probidad de la gestión pública), y a la Convención de la ONU en materia de corrupción, entre otros antecedentes. También se refiere el fallo a algunas resoluciones de la Asamblea Parlamentaria en Europa y a los avances en el reconocimiento de este derecho a nivel interno de algunos estados.

En el terreno argumentativo, la sentencia destaca la centralidad de la democracia representativa en el sistema interamericano, la estrecha conexión entre dicho sistema político y la libertad de expresión, y el papel que desempeñan los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, para detenerse en seguida en el control de las autoridades públicas por parte de la ciudadanía. Todo ello lleva a la Corte a concluir que la regulación de la libertad de expresión por parte del sistema interamericano y en particular la libertad de buscar informaciones consagrada en el art. 13.1 de la Convención Americana incluyen el derecho de acceder a la información de que dispone el Estado, con independencia de si esa información se refiere a quien pretende obtenerla.

Posteriormente el fallo señala que “en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones”⁷⁶³, añadiendo más adelante que “el establecimiento de restricciones al derecho de acceso a información bajo el control del Estado a través de la práctica de sus autoridades, sin la observancia de los límites convencionales (...), crea un campo fértil para la actuación discrecional y arbitraria del Estado en la clasificación de la información como secreta, reservada o confidencial, y se genera inseguridad jurídica respecto al ejercicio de dicho derecho y las facultades del Estado para restringirlo.”⁷⁶⁴ En este sentido, el fallo sigue con respecto del derecho de acceso a la información pública la misma lógica que la regulación de las restricciones en relación con la libertad de expresión en general, debiendo ellas hallarse establecidas por ley y ser necesarias en una sociedad democrática. Dado que por la época en que ocurrieron los hechos del caso no existía ley en la materia en Chile, la Corte entiende que se procedió sin base justificada al respecto, por lo que establece que Chile vulneró la libertad de expresión de los reclamantes. La sentencia se refiere además a otras alegadas violaciones de derechos, que no revisaremos aquí.

La sentencia constituyó un hito no solo a nivel interamericano sino mundial al sostener de manera inequívoca el carácter de derecho fundamental del derecho de acceso a la información pública. Las legislaciones de algunos países de América han venido incorporando de manera paulatina este derecho en los últimos años, pero se trata todavía de un proceso en su etapa inicial. La sentencia comentada, por lo mismo, probablemente contribuya al fortalecimiento y expansión de estas iniciativas legislativas a nivel interno de los Estados.

Sobre esta materia, también los órganos políticos de la OEA han venido llamando la atención acerca de la necesidad de establecer mecanismos internos que aseguren debidamente tal derecho.⁷⁶⁵

⁷⁶³ Ídem, párrafo 92.

⁷⁶⁴ Ídem, párrafo 98.

⁷⁶⁵ AG/RES. 2252 (XXXV-O/06) y AG/RES. 2288 (XXXVII-O/07), ambas tituladas “Acceso a la información pública: Fortalecimiento de la democracia.”

En 2011, el Comité de Derechos Humanos, a través de una Observación General sobre el derecho a la libertad de expresión, sigue la línea antes mencionada, reconociendo el carácter de derecho fundamental del acceso a la información pública, referida tanto a aquella información de que el Estado dispone acerca de una persona en particular como de aquella que sea de interés público.⁷⁶⁶

10. CONCLUSIONES

Desde sus inicios, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha prestado una atención especial a la protección del derecho a la libertad de expresión. En la época en que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos era el único órgano del Sistema, ello se produjo tanto a través de la confrontación de las transgresiones que se producían a este derecho en el contexto de regímenes autoritarios, como en la labor desarrollada por la Comisión en orden a establecer las bases normativas en la materia. Como hemos dicho, en sus primeros años de labores la Comisión elaboró un Proyecto de Convención en la materia, que a la postre serviría de base para la regulación de este derecho por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual resultaría ser más protectora de la libertad de expresión que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU e incluso que el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

Una vez establecida la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esta continuaría fortaleciendo el trabajo en la materia. Así, su Opinión Consultiva N°5, de mediados de la década de los ochenta, fijaría las bases interpretativas de la Convención Americana sobre este tema, y lo haría de una manera que fortaleció aun más los alcances de este derecho.

Posteriormente, al producirse los procesos de tránsito a la democracia en prácticamente la totalidad de los países de la región, la Comisión y la Corte aplicarían a una serie de problemas específicos los criterios interpretativos generales que habían venido desarrollando. Entre estos se cuentan los alcances de la censura judicial de diversas formas de expresión, las normas de desacato y en general las diversas

⁷⁶⁶ Comité de Derechos Humanos, General Comment N°34, Article 19: Freedoms of Opinion and Expression, 12 de septiembre 2011, párrafos 18 y 19.

modalidades del establecimiento de responsabilidades ulteriores en la materia, y, más recientemente, el derecho de acceso a la información pública. Estos desarrollos han dado lugar a un tratamiento sistemático de la libertad de expresión por parte de los dos órganos mencionados.

Lo anterior no implica, sin embargo, que las legislaciones internas de los Estados de la OEA sean un reflejo de los estándares interamericanos. Es cierto que en materias tales como la censura administrativa, las normas de desacato y el acceso a la información pública se han producido transformaciones al nivel interno de los países, pero se trata de procesos de adecuación dispares, con algunos países mucho más cerca que otros de los parámetros contenidos en la Convención Americana y la jurisprudencia de la Comisión y la Corte Interamericana basada en ella.

La Relatoría de la Comisión en la materia ha intentado dar un seguimiento más global al asunto, revisando los ordenamientos internos en la materia y su grado de adecuación a los estándares interamericanos, así como interactuando con los poderes Ejecutivo y Legislativo en una serie de países procurando alcanzar reformas. Esta ha sido también una contribución de importancia.

No obstante, la distancia entre las regulaciones locales y las interamericanas continúa siendo grande en no pocos Estados, por lo que buena parte de la tarea de protección efectiva del derecho a la libertad de expresión en América se encuentra todavía pendiente de ser llevada a cabo.

CAPÍTULO XI: LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

1. INTRODUCCIÓN

Este capítulo pretende revisar los rasgos más relevantes del tratamiento dado por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“DESC”), especialmente durante los procesos de democratización en el Continente Americano. Como se trata de un desarrollo relativamente reciente, sobre todo si se lo compara con el que ha tenido lugar en las Naciones Unidas, se efectuarán algunos contrapuntos indispensables entre ambos sistemas, de manera de ilustrar adecuadamente nuestro análisis y situarlo en el contexto de la protección internacional de tales derechos. Las razones para este desarrollo más tardío en el Sistema Interamericano también se analizan en este capítulo.

Para tales efectos, se comienza recogiendo algunos antecedentes históricos en la materia y se formulan algunas consideraciones de carácter general. Luego, de manera sucesiva, se revisan algunas de las cuestiones más relevantes, tales como la del reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano; la de sus alcances en el ámbito de dicho Sistema, analizando su carácter programático u obligatorio y los tipos de medidas a nivel interno de los Estados a que ellos pueden dar lugar; la cláusula de progresividad; las formas de justiciabilidad posible de dichos derechos y su grado; las medidas cautelares y provisionales en relación con los DESC; el acceso a la justicia y su relación con tales derechos; y la elaboración de indicadores de progreso en la materia por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

2. CONSIDERACIONES GENERALES Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La protección brindada a los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano ha sido y continúa siendo menor a la dada a los derechos civiles y políticos. En este sentido, se repite la que ha sido la característica tanto a nivel de los sistemas jurídicos internos de los Estados como de los sistemas internacionales de

protección de los derechos humanos, como veremos en seguida a través de una breve sinopsis de su evolución histórica.

El ideario de la Ilustración tuvo como uno de sus ejes centrales el fortalecimiento del individuo frente al Estado. El acento estaba puesto en la esfera de la autonomía personal, que, por así decirlo, importa una barrera detrás de la cual el estado no puede interferir. En la concepción tradicional del estado, en cambio, el elemento definitorio no era la autonomía individual, sino el rol que los distintos grupos al interior de la sociedad debían desempeñar para satisfacer los fines del Estado. La noción de derechos inexpugnables no había sido explorada. El triunfo del movimiento ilustrado significó, primeramente, la estructuración de sistemas políticos y jurídicos en los que, por lo menos en el orden declarativo, se formulan derechos civiles y políticos de las personas.⁷⁶⁷ Ello conllevó la abolición de las divisiones de carácter estamental y la declaración de la igualdad de las personas ante la ley. Esto era entendido, en lo fundamental, como una necesidad de abstención de parte del estado, el que no debería entrometerse, en lo sucesivo, en la esfera de la autonomía personal.⁷⁶⁸ Sin embargo, se mantenían ciertas desigualdades legales centrales, al excluirse de derechos políticos a las mujeres y a quienes carecieran de un cierto patrimonio (voto censitario). Las obligaciones positivas (de hacer) de parte del Estado, en cambio, eran consideradas mínimas, y por ello se hablaba de un “Estado policía.”⁷⁶⁹ Mucho más adelante (básicamente en el siglo XX), comienza a cobrar fuerza la idea de que el estado posee asimismo un rol activo en relación a los derechos civiles y políticos, el que consiste en facilitar la existencia de condiciones que aseguren el adecuado ejercicio de tales derechos. Así, por ejemplo, el estado deberá asegurar la existencia de un sistema electoral transparente, de una administración de justicia eficiente y de una policía que proporcione seguridad al tiempo que sea respetuosa de los derechos de las personas.

La abolición de los privilegios legales y de las trabas comerciales no tuvo, sin embargo, el efecto de reducir las desigualdades en el orden material. En esto influyeron los procesos de industrialización y urbanización a que se vieron sometidas las

⁷⁶⁷ Cfr., Jürgen Habermas, *El Discurso Filosófico de la Modernidad*, Taurus, Buenos Aires, 1989.

⁷⁶⁸ Véase, Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p.419.

⁷⁶⁹ Cfr., Friedrich Hayek, *Fundamentos de la Libertad*, Unión Editorial, Madrid, 1998.

sociedades.⁷⁷⁰ La igualdad ante la ley no pasaba de ser meramente formal. Ante estas circunstancias se desarrollaron primero en el terreno ideológico y luego en el legislativo programas para asegurar mayores niveles de igualdad real y satisfacer ciertas condiciones materiales mínimas a las personas. Estos programas supusieron un rol diferente del estado, fundamentalmente activo. Tales procesos no estarían exentos de problemas, puesto que a menudo se presentarían conflictos entre ellos y el respeto a la esfera de la autonomía personal. Más tarde estas nuevas ideas serán agrupadas bajo la denominación de derechos económicos, sociales y culturales.

En la segunda mitad del siglo XIX comienzan a reconocerse en Europa, todavía de manera tímida, algunos derechos en el ámbito laboral y de la seguridad social. Alemania fue el primer país en desarrollar esta iniciativa. Con ello se perseguía reducir los extremos a los que se había llegado en el contexto del ultraliberalismo (también llamado “liberalismo manchesteriano”, por la ciudad de Manchester, en Inglaterra, una de las cunas de la Revolución Industrial), poniendo ciertos límites a la jornada laboral y estableciendo algunas regulaciones elementales en materia de pensiones por accidentes en el trabajo y otras disposiciones.

Sin embargo, además de las limitaciones de tales normativas en cuanto sus contenidos sustantivos, ellas tenían otro déficit: no poseían el status de derechos fundamentales. En otras palabras, a diferencia de lo que venía ocurriendo desde fines del siglo XVIII o comienzos del XIX (dependiendo de los países) respecto de los derechos civiles y políticos, que sí habían adquirido un reconocimiento a nivel constitucional, no sucedía algo similar con las incipientes normas en el terreno social. Estas tenían a lo sumo un rango meramente de ley, por lo que no existía una cláusula de carácter general que brindara protección y que permitiera presentar demandas judiciales en aquellos casos en que la disposición de rango legal no lo contemplaba así. Ello se enmarcaba en la tendencia entonces predominante que se trataba más de beneficios sociales que de otra cosa, esto es, que no consistían en derechos en un sentido fuerte que los individuos poseían frente al Estado.⁷⁷¹

⁷⁷⁰ Sobre la relevancia crucial de los procesos de industrialización y urbanización, Arnold Gehlen, *Ensayos de Antropología Filosófica*, Editorial Universitaria, Santiago, 1973.

⁷⁷¹ Como lo describe el Tribunal Contencioso Administrativo de Alemania: “[p]orque el antiguo derecho prusiano (...) había partido calladamente del principio de lo que entonces se llamaba ayuda a los pobres, otorgada al necesitado, era concedida por motivos de orden público y en razón del calor de la persona

El proceso a través del cual los derechos económicos, sociales y culturales adquirieron el status de derechos fundamentales es muy posterior, ya que tiene lugar fundamentalmente recién en la segunda mitad del siglo XX.⁷⁷² Dicho proceso siguió además –como regla general- un orden inverso al de la consagración de los derechos civiles y políticos, puesto que en el caso de esta última la consagración al nivel constitucional interno de los Estados precedió a su reconocimiento en los instrumentos internacionales, mientras que en lo que se refiere a los DESC la consagración internacional precedió a la constitucional interna en la gran mayoría de los Estados.

Las décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial han visto consolidarse algunos aspectos del ideario ilustrado bajo la forma de una normativa internacional de derechos humanos. En el siglo XIX y primera mitad del XX se adoptaron, por ejemplo, instrumentos sobre derecho internacional humanitario (entonces conocido como derecho de la guerra), la esclavitud y la trata de mujeres.⁷⁷³ Sin embargo, será sólo con la creación de las Naciones Unidas y la subsecuente creación de organizaciones regionales como el Consejo de Europa y la Organización de Estados Americanos, y más tarde un Sistema Africano en la materia, que se estructurará un sistema de protección internacional de los derechos humanos propiamente tal.

La Comisión de Derechos Humanos de la ONU rápidamente se puso a la tarea de llevar adelante un proceso de “standard setting” (establecimiento de estándares) en la materia. Así, elaboró primeramente la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada en 1948. Este instrumento consagró tanto derechos civiles y políticos como económicos, sociales y culturales y fue aprobada por una amplísima mayoría de estados. Sin embargo, cabe observar que el número de ellos era muchísimo menor que el

misma (...) y que por ello el necesitado no era sujeto de la obligación de las autoridades, sino objeto de sus acciones;” BVerwGE 1, 159 (160), citado por Rodolfo Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Universidad Nacional de Colombia/Legis, Bogotá, 2005, pág.50.

⁷⁷² Véase, Alexy, *cit.*, pp.482-500. La misma sentencia citada en la nota anterior da cuenta de este cambio: “Los lineamientos principales de la Ley Fundamental [la Constitución Política de la República Federal de Alemania, de 1949] llevan a interpretar el derecho a la ayuda sociales el sentido de que éste impone una obligación jurídica de ayuda al necesitado, y otorga a este último el derecho subjetivo correspondiente.” BVerwGE 1, 159 (160), tomado de Rodolfo Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, *cit.*

⁷⁷³ Para el desarrollo del Derecho Internacional en este período, véase, Fernando Mariño Menéndez, *Derecho Internacional Público (Parte General)*, Editorial Trotta, Madrid, 2005, pp.54 ss.

actual,⁷⁷⁴ puesto que recién comenzaba el proceso de descolonización (en el cual la ONU también jugaría un rol principal) en África, Asia y Oceanía. No obstante, por no tratarse de un tratado, la Declaración Universal no estableció ningún órgano encargado de la supervisión de sus normas. Sería la propia Comisión de Derechos Humanos la que llevaría a cabo esa tarea.⁷⁷⁵

El objetivo siguiente que se había trazado la Comisión de Derechos Humanos era la adopción de un tratado general en materia de derechos humanos. En pocos años, a principios de la década de los cincuenta, la Comisión ya había elaborado un texto para ser sometido a la discusión de los Estados. Sin embargo, el asunto resultó mucho más complejo de lo anticipado. Sucedió, en efecto, que comenzó una disputa acerca de si debía adoptarse un solo tratado general de derechos humanos o si, en cambio, debería haber dos tratados con tales características: uno referido a los derechos civiles y políticos y otro a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), con un tratamiento diferenciado para ambos tipos de derechos, con grados distintos de exigibilidad y de mecanismos de supervisión de su cumplimiento.⁷⁷⁶ El Bloque de los Estados socialistas reales sostuvo la primera tesis y el de los países occidentales la segunda.⁷⁷⁷

⁷⁷⁴ Formaban parte de Naciones Unidas al momento de su creación 51 Estados, mientras que en la actualidad estos alcanzan a cerca de 200.

⁷⁷⁵ Para una descripción del proceso de establecimiento de estándares en la ONU, revítese, Carlos Villán Durán, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, pp.275 ss.

⁷⁷⁶ Véase Magdalena Sepúlveda Carmona, La supuesta dicotomía entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales a la luz de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, en: Christian Courtis, Denise Hauser y Gabriela Rodríguez Huerta, *Protección Internacional de Derechos Humanos: Nuevos Desafíos*, Editorial Porrúa/ITAM, Ciudad de México, 2005, pp. 277-318, especialmente p.281. Consúltase asimismo, Renato Zerbini Ribeiro Leao, *La Construcción Jurisprudencial del Sistema Europeo e Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Nuria Fabris Editora, Porto Alegre, 2009, especialmente pp.82ss.

⁷⁷⁷ Uno de los más célebres especialistas en Derecho Internacional de la Unión Soviética describió este proceso en los siguientes términos: "Una lucha aún más ácida y prolongada [que la tuvo lugar durante la preparación de la Declaración Universal de Derechos Humanos] entre estados con diferentes sistemas económicos se desarrolló durante la preparación de los Pactos sobre derechos humanos. El centro de la disputa continuó siendo básicamente el mismo que el de la discusión de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Sin embargo, la actitud negativa de los estados capitalistas en orden a incorporar obligaciones con respecto a los derechos socioeconómicos en una convención internacional se manifestó aún más claramente. Como resultado, y debido a la insistencia de los poderes occidentales, el borrador de un único pacto sobre derechos humanos fue dividido en dos pactos, uno sobre derechos civiles y políticos y otro sobre derechos sociales, económicos y culturales. El pacto sobre derechos económicos, sociales y culturales fue formulado de una manera tal que no impuso obligaciones estrictas a las partes de garantizar tales derechos a sus ciudadanos." Tomado de Grigory Tunkin, *Theory of International Law*, Harvard University Press, 1974, p.79; la traducción es mía.

Lo anterior trabajó el asunto durante años. Sin perjuicio de ello, en el intertanto Naciones Unidas adoptó otros instrumentos en materia de derechos humanos (relativos a aspectos específicos), entre los que resaltaron la Convención contra el Genocidio y la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Además, la Comisión de Derechos Humanos, de manera lenta pero creciente comenzó a emplear la Declaración Universal de Derechos Humanos como parámetro para evaluar algunas situaciones especialmente graves en la materia. Ello ocurrió especialmente a partir de la década de los sesenta, en relación con la práctica del Apartheid (segregación racial institucionalizada) en Rodesia y Sudáfrica y de otras formas de discriminación racial. Es importante resaltar cómo en este proceso evolutivo la Declaración Universal fue adquiriendo cada vez mayor vigor: a través del recurso constante a ella por parte de la Comisión y de la falta de objeción de los Estados a tal invocación, una serie de disposiciones de la Declaración pasaron a ser consideradas costumbre internacional, sin perjuicio de que su núcleo duro constituyera normas de *ius cogens*.

En el año 1966 se adoptan finalmente dos tratados generales de derechos humanos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁷⁷⁸ Concretándose las aspiraciones del Bloque Occidental, estos tratados efectúan una regulación diferenciada de los derechos a que se refieren; así, mientras el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estableció de manera inequívoca la exigibilidad inmediata de los derechos en él reconocidos, su símil sobre DESC contempla una cláusula de progresividad para alcanzar la plena efectividad de los derechos en él reconocidos. Durante mucho tiempo la opinión prevaleciente fue que esto implicaba que los DESC no eran en rigor exigibles a los Estados.⁷⁷⁹

Además, el primero de dichos tratados creó un órgano, el Comité de Derechos Humanos, encargado de supervisar su cumplimiento mediante la recepción de Informes periódicos por parte de los estados y la emisión de Observaciones Generales, que

⁷⁷⁸ Véase, José Milá Moreno, El Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, en: Felipe Gómez Isa y José Manuel Pureza (eds.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Humanitarian Net/Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, pp. 185-213.

⁷⁷⁹ Esto es sin perjuicio de la labor desarrollada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en la materia.

representan una suerte de interpretación auténtica del instrumento; además, en el caso de que un estado ratifique un Protocolo Facultativo, el Comité adquiere competencia para conocer de denuncias sobre casos específicos.⁷⁸⁰ En cambio, el Pacto sobre DESC no incluyó la creación de órgano de protección alguno; recién le sería incorporado un mecanismo 20 años más tarde. En cuanto a la posibilidad de interponer denuncias por violaciones específicas, recién cuando entre en vigor el Protocolo Facultativo al PIDESC –aprobado en diciembre de 2008- ello será factible.

Una vez desmontada alrededor de 1990 la lógica bipolar de la Guerra Fría (con el consiguiente impacto que había tenido respecto de los Pactos, según hemos descrito), se abre paso con más fuerza en dicha organización un enfoque que considere seriamente los DESC. En estricto rigor, esto había venido siendo anticipado desde mediados de la década de los ochenta, con la creación del Comité de DESC y las Observaciones Generales interpretando el Pacto DESC que este Comité comenzó a emitir. Pero este proceso se fortalece significativamente en los noventa.⁷⁸¹ Así, por lo menos a nivel de los órganos de derechos humanos de la ONU, se ha venido imponiendo la tesis de que el Pacto DESC impone obligaciones de carácter inmediato a los estados, no siendo la cláusula de progresividad obstáculo para ello. Ello además de resaltarse la exigencia de que los estados no discriminen en esta materia y que atiendan especialmente las necesidades de los colectivos vulnerables. También se ha enfatizado que cuando se adopten políticas regresivas ellas deben ser adecuadamente justificadas, incluso ante los propios órganos internacionales, no quedando ellas al arbitrio de los órganos internos de los Estados.⁷⁸² Además, se ha venido resaltando la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, cuestión que constituyera uno de los ejes centrales de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos efectuada en Viena en 1993.

⁷⁸⁰ Consúltese, Dominic McGoldrick, *The Human Rights Committee: its role in the development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford University Press, 1994.

⁷⁸¹ A ello cabe añadir el desarrollo paralelo de una agenda en la materia de muchas organizaciones no-gubernamentales de derechos humanos que históricamente se habían concentrado en los derechos civiles y políticos, trabajo que habían desarrollado especialmente respecto de regímenes dictatoriales que los transgredían a través de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, tortura y otras prácticas a escala masiva y sistemática. Un ejemplo emblemático de esta transformación es el de Amnistía Internacional, que incorpora en los noventa los DESC en su agenda de trabajo.

⁷⁸² Véase respecto de estos puntos, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N°3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes, E/199123, 14 de diciembre de 1990.

3. CONSAGRACIÓN DE LOS DESC EN LOS INSTRUMENTOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO

Como explicáramos anteriormente en otro capítulo de este trabajo, la misma Conferencia Interamericana en la cual se creó la Organización de Estados Americanos (OEA), en Cartagena de Indias, en 1948, adoptó un instrumento general sobre derechos humanos: la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Dicho instrumento consagra tanto derechos civiles y políticos como derechos económicos, sociales y culturales.

En lo concerniente a los DESC, la Declaración reconoce lo que denomina “derecho a la preservación de la salud y al bienestar”, que incluye también el derecho a la alimentación y el derecho a la vivienda. El reconocimiento se hace condicionado a los recursos existentes. Así, el artículo XI del mencionado instrumento establece que “[t]oda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.”

En cuanto al derecho a la educación, consagrado en el artículo XII de la Declaración, este aparece incondicionado (es decir, sin que se haga mención a los recursos disponibles) en lo que se refiere a la gratuidad de la enseñanza primaria. A ello cabe agregar que la misma disposición, en una redacción ambigua en lo concerniente a los recursos, señala que “[e]l derecho a la educación comprende el de igualdad de oportunidades en todos los casos, de acuerdo con las dotes naturales, los méritos y el deseo de aprovechar los recursos que puedan proporcionar la comunidad y el estado.” La Declaración explicita también el derecho a que mediante la educación las personas sean capacitadas “para lograr una digna subsistencia, en mejoramiento del nivel de vida y para ser útil a la sociedad.”

A su turno, el artículo XIII consagra lo que denomina el derecho a los beneficios de la cultura, incluyendo la participación en la vida cultural de la comunidad.

En cuanto al derecho al trabajo y a una justa retribución, este aparece reconocido en el artículo XIV, pero condicionado; así, se establece que “[t]oda persona tiene

derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo.”

La Declaración también consagra el derecho al descanso en su artículo XV y el derecho a la seguridad social en su artículo XVI, sin que estos dos derechos aparezcan condicionados a los recursos.

Además, se consagra el derecho a la maternidad pre y post parto (art. VII).

Más adelante revisaremos el uso dado a la Declaración Americana en materia de derechos económicos, sociales y culturales por parte de los órganos de derechos humanos del Sistema Interamericano.

Algo más de 20 años después de la suscripción de la Declaración Americana, en 1969, los Estados de la OEA adoptaron el instrumento central del Sistema Interamericano: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como “Pacto de San José de Costa Rica”, por el lugar donde fue suscrita. La Convención entró en vigor en 1978, al reunirse el número de ratificaciones que ella exigía para su entrada en vigencia.

A pesar de ser el instrumento jurídico principal en materia de derechos humanos del Sistema Interamericano, en materia sustantiva el Pacto se refiere de manera casi exclusiva a los derechos civiles y políticos. En cambio, en relación con los DESC, solo se efectúan referencias en dos disposiciones: el artículo 26 y el artículo 42.

La primera de dichas disposiciones se inserta en el capítulo III de la Convención, que lleva por título precisamente “Derechos Económicos, Sociales y Culturales.” En rigor, el artículo 26 es la única disposición contenida en el mencionado capítulo y en su encabezado se señala: “Desarrollo Progresivo.”

El artículo 26 de la Convención Americana prácticamente reproduce el art. 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, aprobado tres años antes. Así, la referida disposición de la Convención Americana establece:

“Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.”⁷⁸³

El Pacto de DESC de la ONU, por su parte, establece en su art. 2.1 que “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.”

Inmediatamente después, en su art. 2.2., el Pacto de la ONU prohíbe que se discrimine al respecto.⁷⁸⁴ La Convención Americana, en cambio, siendo un instrumento general -en el sentido que se refiere a todo tipo de derechos-, regula esto en una cláusula especial sobre igualdad (art. 24), referida, en consecuencia, tanto a los derechos económicos, sociales y culturales como a los derechos civiles y políticos.

Como se advierte, la mencionada disposición no contiene un catálogo de DESC, a diferencia del Pacto de la ONU en la materia. Solo muchos años después de la entrada en vigor de la Convención Americana comenzaría a realizarse el esfuerzo interpretativo de conectar este artículo con los derechos consagrados en la Carta de la OEA.

⁷⁸³ Véase, Tara Melish, *Protecting Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American Human Rights System: A Manual on Presenting Claims*, Orville H. Schell Jr. Center for International Human Rights Yale Law School y Centro de Derechos Económicos y Sociales Ecuador, SERGRAFIC, Quito, 2002.

⁷⁸⁴ El Pacto Internacional de DESC de la ONU contiene una disposición adicional; en el numeral 3 del art. 2 establece que “Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.”

El artículo 42 es la única otra disposición de la Convención Americana que alude a los DESC. Lo hace en los siguientes términos:

“Los Estados partes deben remitir a la Comisión copia de los informes y estudios que en sus respectivos campos someten anualmente a las Comisiones Ejecutivas del Consejo Interamericano Económico y Social y del Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que aquella vele porque se promuevan los derechos derivados de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.”

Con miras a fortalecer la protección de los DESC, los Estados de la OEA adoptaron en 1988 un Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de derechos económicos, sociales y culturales.⁷⁸⁵ Dicho Protocolo, que entró en vigor en 1999, sí enumera los DESC. Este instrumento, conocido también como “Protocolo de San Salvador” – por la ciudad donde fue aprobado- sigue en sus disposiciones generales muy de cerca al Pacto de la ONU en la materia, refiriéndose sucesivamente a la obligación de adoptar medidas (art. 1), a la de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2) y a la de no discriminar en materia de DESC (art. 3). Los artículos 4 y 5 se refieren a las restricciones y limitaciones a tales derechos.

El catálogo de derechos incluye el derecho al trabajo en general (art. 6), el derecho a condiciones dignas, equitativas y satisfactorias de trabajo (art. 7), los derechos sindicales (art. 8), el derecho a la seguridad social (art. 9), el derecho a la salud (art.10), el derecho a vivir en un ambiente sano (art. 11), el derecho a la alimentación (art. 12), el derecho a la educación (art. 13), el derecho a participar, gozar y beneficiarse de la cultura (art.14), el derecho a la constitución y protección de la familia (art. 15), los derechos de los niños y niñas (art. 16), los derechos de los ancianos (art. 17) y los derechos de las personas que viven con discapacidades (art. 18).

⁷⁸⁵ Para una descripción de la historia de la preparación del Protocolo, consúltese, Renato Zerbini Ribeiro Leao, *La Construcción Jurisprudencial de los Sistemas Europeo e Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (cit.), pp.259ss.

Sin embargo, al momento de establecer los medios de protección para los DESC, el Protocolo no es mucho lo que avanza. Por una parte, crea un mecanismo de informes. Como antes se señalara, conforme a otros instrumentos de la OEA los Estados ya se encuentran obligados a presentar informes en materias económicas y sociales (a los cuales hace referencia el art. 42 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). No obstante, aquí se trata de informes específicamente concernientes a los derechos económicos, sociales y culturales. El Protocolo dispone en este punto que los Estados deberán presentar “informes periódicos respecto de las medidas progresivas que hayan adoptado para asegurar el debido respeto de los derechos [en él consagrados].” (art. 19.1).

Los mencionados informes no son presentados directamente ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sino al Secretario General de la OEA, quien a su vez los remitirá al Consejo Interamericano Económico y Social y al Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura para su revisión. Además le enviará copia de dichos informes a la CIDH. El Protocolo establece también que en sus informes anuales los dos consejos recién mencionados proporcionarán un resumen de los antecedentes acompañados por los Estados y formularán las recomendaciones que estimen pertinentes.⁷⁸⁶

El Protocolo también reconoce expresamente –en su artículo 19.7– la facultad de la CIDH de formular observaciones y recomendaciones acerca de estos derechos a los Estados Partes del mismo. Cabe tener presente, sin embargo, que dicho poder la Comisión ha considerado desde antiguo que se encuentra incorporado dentro de su amplia gama de funciones establecidas por la Carta de la OEA y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las cuales posee en relación con todos los Estados miembros de dicha organización.

Por lo que se refiere a la posibilidad de presentar denuncias en casos específicos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos basadas en la trasgresión de algunos de los derechos consagrados en el Protocolo, este establece que ello solo será posible respecto del derecho de sindicación y del derecho a la educación. En rigor, el

⁷⁸⁶ Véase el Apartado 10 de este mismo capítulo para los desarrollos más recientes acerca del sistema de informes bajo el Protocolo de San Salvador.

derecho de sindicación ha sido históricamente entendido por la CIDH como formando parte de un derecho que ya se hallaba reconocido en la Convención Americana - el derecho de asociación-, por lo que el único avance real en este punto es el referido a la posibilidad de presentar denuncias respecto del derecho a la educación. Volveremos sobre esta materia más adelante.

Más allá de sus limitaciones –varias de las más importantes de las cuales, por lo demás, son comunes con el Pacto sobre DESC de la ONU, que no estableció ningún sistema de denuncias específicas, lo cual, como señalamos, recién se ha hecho mediante la aprobación de un Protocolo Facultativo en diciembre de 2008-, la adopción del Protocolo de San Salvador fue una constancia de una creciente preocupación por el tema, así como por la necesidad de abordarlo en términos jurídicos.

Atendidas las insuficiencias de los estándares normativos en materia de DESC, no es de extrañar que la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos hayan avanzado de manera lenta en la materia. La falta de una voluntad clara de partes de los Estados de la OEA de contraer obligaciones específicas al respecto, dejando el tratamiento del mismo en una sombra de ambigüedad es parte del mismo cuadro. Históricamente prevaleció entre los Estados de la OEA la visión de que las disposiciones que consagran los derechos económicos, sociales y culturales poseen un carácter programático y no estrictamente vinculante desde el punto de vista jurídico y esto permeó también a los órganos de derechos humanos del sistema interamericano.

A lo anterior cabe agregar que durante varias décadas la labor de la Comisión (que fue durante casi 20 años el único órgano de derechos humanos del sistema interamericano) se desarrolló en un contexto de dictaduras que violaban de manera masiva y sistemática tales derechos y fue a dichas violaciones en las que la Comisión puso mayor atención. Respecto de la Corte Interamericana -que no selecciona los casos contenciosos de que conoce, ya que ello depende de las demandas presentadas por la Comisión o por los Estados-, la gran mayoría de los casos que ha tramitado y resuelto se han referido a violaciones elementales a los derechos civiles, observándose recién en los últimos años una mayor diversidad en su cartera de casos.

Además, las propias ONGs, que interponen la mayoría de las denuncias ante la Comisión y, por lo mismo, ejercen influencia en la agenda temática de ésta, se concentraban en sus inicios en las violaciones masivas y sistemáticas y sólo a partir de la década de 1980 de manera incipiente y en la década siguiente con mayor vigor comienzan a colocar en un lugar más central en sus labores a los DESC.⁷⁸⁷

En este contexto, la Comisión Interamericana comenzó a incorporar el tratamiento de los DESC en sus Informes sobre Países en los años ochenta, basándose en la Declaración Americana y posteriormente en la Convención Americana. Además, desde fines de los setenta, de manera esporádica, la Comisión comenzó a abordar casos en la materia, lo cual fue fortalecido en los noventa y en la presente década, remitiendo algunos casos a la Corte Interamericana.

Esta última, por su lado, ha tenido escasas oportunidades de entrar a conocer casos contenciosos que fueran planteados directamente como presentando violaciones a derechos económicos, sociales y culturales, en parte debido a los criterios restrictivos de justiciabilidad de tales derechos (aspecto en el cual nos detendremos más adelante); sin embargo, en una serie de casos así como en varias Opiniones Consultivas, dicho tribunal ha abordado materias referidas a DESC a propósito de violaciones que en principio apuntaban a derechos civiles.

En rigor, una parte importante del trabajo de la Comisión Interamericana en materia de derechos económicos, sociales y culturales ha estado centrado en los Informes sobre países. Si bien la Comisión se había referido a los derechos sindicales – especialmente por las graves afectaciones a los mismos durante las dictaduras-, por su estrecha vinculación con el derecho de asociación (un derecho civil), puede afirmarse que la primera vez en que la CIDH abordó de manera general los DESC respecto de un país fue en 1981, cuando la Comisión se refirió a tales derechos en sus Informes sobre

⁷⁸⁷ El Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) señala que esta es efectivamente una de las razones que ha retardado el desarrollo de los DESC en dicho sistema, apuntando que “[e]ntre otros factores [de dicho escaso desarrollo] podemos mencionar: la falta de reclamo ante la CIDH por este tipo de violaciones por una buena parte del movimiento de derechos humanos de la región durante los años más crudos de las dictaduras en América del Sur y de las guerras civiles en Centroamérica; el desconocimiento de esta vía por colectivos fundamentales para la defensa de este tipo de derechos; la incertidumbre acerca del contenido de los derechos protegidos (...)” CEJIL, *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Sistema Interamericano*, San José de Costa Rica, 2005, nota a pie 129.

Guatemala y Nicaragua. El Informe sobre el primero de tales Estados se refiere brevemente a los mencionados derechos, tomando como criterios para adoptar la decisión de analizarlos el que Guatemala había ratificado recientemente la Convención Americana sobre Derechos Humanos (la Comisión alude al artículo 26 de dicho instrumento) y a la desigualdad existente en dicho país, señalando que “a causa de las grandes disparidades socio-económicas entre los diversos sectores de la población que ofrecen un fértil ambiente para la continua violencia, en este Capítulo se tratará la situación de la población guatemalteca en lo que respecta a las necesidades básicas de salud, nutrición y educación.”⁷⁸⁸

Respecto del Informe sobre Nicaragua, se señala en su fundamento que “[e]l elemento social de la obligación jurídica asumida por todo gobierno en esta materia es procurar la realización de las aspiraciones sociales y económicas de su pueblo siguiendo un orden que de prioridad a las necesidades básicas de salud, nutrición y educación. La prioridad de ‘los derechos de supervivencia’ y ‘las necesidades básicas’ es una consecuencia natural del derecho a la seguridad personal”, añadiendo que “[d]ebido al gran énfasis acordado a la igualdad económica y social en la reconstrucción de Nicaragua, este capítulo examinará la política del nuevo régimen nicaragüense, encaminada hacia una redistribución de la riqueza del país, y, sobre todo, a sus esfuerzos por mejorar la calidad de vida de las clases más necesitadas.”⁷⁸⁹

Dos años más tarde, en 1983, la Comisión retoma los DESC en un Informe sobre Cuba, que se refiere al derecho al trabajo, a la seguridad social, a la alimentación, a la salud y a la educación.⁷⁹⁰ Posteriormente, en 1985, el Informe de la CIDH sobre Surinam contiene un capítulo denominado “situación económica, social y cultural”, en el que se revisan los tres aspectos referidos, incluyendo la educación, la salud y el bienestar social.⁷⁹¹ Sin embargo, en términos de estándares se aprecia un retroceso, ya que no se usa un lenguaje de derechos para analizar y evaluar estas materias. La

⁷⁸⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República de Guatemala, OEA/Ser.L/V/II.53/Doc. 21 rev. 2, 13 de octubre de 1981.

⁷⁸⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República de Nicaragua, OEA/Ser.L/V/II.53/Doc. 25, 30 de junio de 1981.

⁷⁹⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, La Situación de los Derechos Humanos en Cuba: Séptimo Informe, OEA/Ser.L/V/II.61/ Doc.29 rev. 1, 4 octubre 1983.

⁷⁹¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Surinam, OEA/Ser.L/V/II.66/Doc. 21 rev. 1, 2 octubre 1985.

inclusión habitual de los DESC en los Informes sobre países recién se consolidará en los noventa, empleándose un lenguaje de derechos para referirse a ellos.

Posteriormente la Comisión Interamericana ha continuado en las tareas de este tipo, tanto a través de la inclusión de los DESC en los Informes sobre Países, como por medio de Informes temáticos.⁷⁹²

En los apartados siguientes iremos analizando de manera sucesiva una serie de aspectos de los DESC que -de manera directa o indirecta- han sido tratados por la Comisión y la Corte, efectuando contrapuntos con su desarrollo en otros sistemas internacionales de protección cuando ello resulte pertinente.

4. LOS ALCANCES DE LOS DESC

En este apartado analizaremos dos temas relevantes para la determinación de los alcances de los derechos económicos, sociales y culturales en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El primero de ellos se refiere a si las disposiciones que los consagran poseen o no naturaleza jurídica obligatoria. El segundo concierne a las medidas positivas y negativas que implican para los Estados tales derechos en el referido contexto regional.

a) LA NATURALEZA PROGRAMÁTICAS U OBLIGATORIAS DE LOS DESC EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

Como señaláramos, la noción de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales es reciente. Durante largo tiempo ellos fueron regulados exclusivamente a nivel de normas de rango simplemente legal, es decir, no se los incluía en los catálogos de derechos establecidos a nivel constitucional.

Más aún, cuando esto último ha ocurrido, los DESC casi invariablemente han quedado sujetos a ciertas condiciones, a diferencia de los derechos civiles y políticos. En el ámbito de la normativa internacional de derechos humanos se han reproducido

⁷⁹² Véase el Apartado 9 de este mismo capítulo, donde se revisan los estudios temáticos sobre DESC y acceso a la justicia.

estas tendencias. Así, una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos de carácter general –como la Convención Americana sobre Derechos Humanos o el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales- sólo se refieren a los DESC de manera muy general o no contienen referencias en absoluto, mientras que otros instrumentos sí los consagran de manera específica (listándolos en un catálogo), pero sujetándolos a ciertas condiciones.

La principal de tales condiciones es la denominada cláusula de progresividad, que, como hemos señalado, se halla regulada en términos muy similares en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que alude al nivel de recursos disponibles en el respectivo estado.

Si bien en sus primeras dos décadas de funcionamiento la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no se abocó mayormente al tratamiento de los DESC, en su Informe de 1979-80 ya señala claramente que ellos importan obligaciones de carácter jurídico para los Estados: “El elemento social de la obligación jurídica asumida por todo gobierno en esta materia [de DESC] es procurar la realización de las aspiraciones sociales y económicas de su pueblo siguiendo un orden que de prioridad a las necesidades básicas de salud, nutrición y educación. La prioridad de ‘los derechos de supervivencia’ y ‘las necesidades básicas’ es una consecuencia natural del derecho a la seguridad personal.”⁷⁹³

En las décadas posteriores, la propia Comisión, así como la Corte Interamericana, reafirmarán repetidamente el carácter obligatorio de los derechos económicos, sociales y culturales, como veremos en los apartados siguientes a propósito de una serie de informes y casos contenciosos.

Esto es coincidente con lo sostenido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, que ha señalado:

⁷⁹³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 1979-80.

“el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata.”⁷⁹⁴

Por lo que se refiere a la doctrina internacional sobre derechos humanos, una parte minoritaria de la misma continúa sosteniendo que los DESC poseen una naturaleza meramente programática en el sistema interamericano.⁷⁹⁵ El grueso de ella, en cambio, afirma en la actualidad su carácter obligatorio.⁷⁹⁶

b) LAS OBLIGACIONES POSITIVAS Y NEGATIVAS EN LA MATERIA

⁷⁹⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N°3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes, cit., Punto 9.

⁷⁹⁵ En este sentido, Manuel Ventura Robles, Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales; en: *Revista IIDH* N°40, San José de Costa Rica, 2004, pp.88-131; sobre el punto, véase especialmente pp.90-91 y 130; Matthew Crawen, Economic, Social and Cultural Rights; en: David Harris y Stephen Livingstone, *The Inter-American System of Human Rights*, cit., pp. 297-306.

⁷⁹⁶ Cfr., Christian Courtis, La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en: Christian Courtis, Denise Hauser y Gabriela Rodríguez, *Protección Internacional de Derechos Humanos: Nuevos Desafíos*, cit.; Héctor Faúndez Ledesma, Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano; en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso, DESC, libertad personal y libertad de expresión*, Tomo II, San José de Costa Rica, 2007, pp. 91-180; Viviana Krsticevic, La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano; en: VV.AA., *Construyendo una Agenda para la Justiciabilidad de los Derechos Sociales*, CEJIL, San José de Costa Rica, 2004, pp.145-199; Oscar Parra Vera, María Aránzazu Villanueva Hermida y Agustín Enrique Marín, *Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, IIDH, San José de Costa Rica, 2008, especialmente pp.77 ss.; Mónica Pinto, Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano, en *Revista IIDH* N°40, cit., pp. 26-86, especialmente p.35; Julieta Rossi y Víctor Abramovich, La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en: Claudia Martín, Diego Rodríguez-Pinzón y José A. Guevara B. (Compiladores), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, cit., pp. 457-478; Magdalena Sepúlveda Carmona, La supuesta dicotomía entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales a la luz de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, cit.

El enfoque predominante acerca del carácter positivo o negativo de las obligaciones de los estados en materia de derechos humanos ha sido dicotómico. Por una parte, respecto de los derechos civiles y políticos la tesis más fuerte históricamente ha sido la de que las obligaciones del estado son casi exclusivamente negativas, es decir, de abstención. Por otra, en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, ha predominado la idea de que las obligaciones estatales son casi exclusivamente positivas, esto es, deberes de hacer.

Los órganos internacionales de derechos humanos han desempeñado un rol relevante en las últimas décadas para desmontar este enfoque. En especial, cabe resaltar los desarrollos jurisprudenciales en esta materia de la Corte Interamericana. Conforme a estas nuevas tendencias todos los derechos humanos implican obligaciones positivas y negativas para los estados.⁷⁹⁷

La Corte Interamericana ha elaborado esta doctrina desde su primer caso contencioso, *Velásquez Rodríguez*. El caso se refería a la desaparición forzada de una persona e involucraba derechos civiles. La Corte puso énfasis en que el Estado demandado (Honduras) no sólo poseían obligaciones de no hacer (prevenir la comisión de desapariciones, así como investigar y sancionar a los perpetradores de las mismas), sino también obligaciones de hacer, que van mucho más allá de la antigua noción de un estado policía. En este sentido, el tribunal interamericano señaló que la obligación de asegurar un libre y pleno ejercicio de los derechos humanos "implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos."⁷⁹⁸

⁷⁹⁷ Véase, Ariel Dulitzky, Alcance de las obligaciones internacionales de los derechos humanos, en: Claudia Martín, Diego Rodríguez-Pinzón y José A. Guevara B. (Compiladores), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Universidad Iberoamericana Ciudad de México, Washington College of Law American University y Distribuciones Fontamara, Ciudad de México, 2004, pp.79-117. Sobre las obligaciones en materia de DESC, consúltese especialmente pp. 92 ss.

⁷⁹⁸ Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, párrafo 166.

Asimismo, la Corte subrayó que el solo hecho de dictar una legislación apropiada, esto es, una legislación acorde con los estándares internacionales, no es suficiente para que un estado dé cumplimiento a sus obligaciones internacionales, "sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos."⁷⁹⁹

En consecuencia, las obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos acarrearán para el Estado el deber de "prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos."⁸⁰⁰ La Corte agregó que el deber de investigar debe ser llevado a cabo "con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa." En el caso de que la violación resultase impune y la víctima sin compensación, habría una violación del deber de garantizar el ejercicio de los derechos.⁸⁰¹ La Corte añadió que la de investigar es una obligación de medio a fin y no una obligación de resultado, siendo lo exigible lo antes señalado, esto es, que se trate de una investigación conducida con seriedad.

La jurisprudencia sentada en el caso Velásquez Rodríguez sobre este punto ha servido de base para numerosos fallos posteriores de la Corte y resoluciones de la Comisión Interamericana sobre muy diversas materias.

Más recientemente, en su Opinión Consultiva N°17, a propósito de un tema que involucra derechos civiles y DESC - la condición jurídica y los derechos del niño-, el tribunal interamericano vuelve sobre los alcances de las obligaciones de los estados. Así, por una parte, se muestra cómo los derechos civiles y políticos entrañan obligaciones positivas para los estados:

“Esta Corte ha establecido reiteradamente, a través del análisis de la norma general consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana, que el Estado está obligado a respetar los derechos y libertades reconocidos

⁷⁹⁹ Ibid., párrafo 167.

⁸⁰⁰ Ibid., párrafo 166.

⁸⁰¹ Ibid., párrafos 176 y 177.

en ella y a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Según las normas del derecho de la responsabilidad internacional del Estado aplicables en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la acción u omisión de cualquier autoridad pública, de cualquiera de los poderes del Estado, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos en la Convención Americana. Dicha obligación general impone a los Estados Partes el deber de garantizar el ejercicio y el disfrute de los derechos de los individuos en relación con el poder del Estado, y también en relación con actuaciones de terceros particulares. En este sentido, y para efectos de esta Opinión, los Estados Partes en la Convención Americana tienen el deber, bajo los artículos 19 (Derechos del Niño) y 17 (Protección a la Familia), en combinación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren protección a los niños contra malos tratos, sea en sus relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con entes no estatales.”⁸⁰²

La Corte especifica en la mencionada Opinión Consultiva que esto se refiere también a DESC, recurriendo a la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU para ilustrar el sentido y alcance de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al respecto, el tribunal señala:

“En igual sentido, se desprende de las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño que los derechos de los niños requieren no sólo que el Estado se abstenga de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño, sino también que, según las circunstancias, adopte providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos. Esto requiere la adopción de medidas, entre otras, de carácter

⁸⁰² Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, párrafo 87. La Corte cita su propia jurisprudencia: Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 134; Caso Ivcher Bronstein, sentencia de 6 de febrero de 2001, párr. 168; Caso del Tribunal Constitucional, sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 109; Caso Bámaca Velásquez, Fondo, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, párr. 210; Caso Caballero Delgado y Santana, sentencia de 8 de diciembre de 1995, párr. 125; y Medidas Provisionales, Comunidad de Paz de San José de Apartadó, Resolución de la Corte de 18 de junio de 2002, considerativo 11.

económico, social y cultural. En particular, el Comité sobre Derechos del Niño ha enfatizado en su primer comentario general la relevancia del derecho a la educación. Efectivamente, es sobre todo a través de la educación que gradualmente se supera la vulnerabilidad de los niños. Asimismo, el Estado, como responsable del bien común, debe, en igual sentido, resguardar el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y prestar asistencia del poder público a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar.”⁸⁰³

Uno de los ejes para establecer que los estados poseen importantes obligaciones negativas en materia de DESC lo constituye el principio de no discriminación. Como se sabe, este principio es transversal a todos los derechos humanos, y así aparece consagrado tanto en instrumentos internacionales dedicados exclusivamente a derechos civiles y políticos (por ejemplo, el Pacto de la ONU en la materia) como en instrumentos sobre DESC (como el Pacto respectivo de la ONU o el Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención Americana). Más todavía, como revisaremos más adelante en este capítulo, la transversalidad del principio de no discriminación se ha visto reflejada en importante jurisprudencia, conforme a la cual se ha entendido que un órgano encargado de supervisar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –el Comité de Derechos Humanos– es competente para conocer de transgresiones al principio de no discriminación en materias típicamente de DESC, como el derecho a la seguridad social.

Por cierto, el dar cumplimiento al principio de no discriminación puede implicar también obligaciones positivas para los estados, como la adopción de medidas afirmativas para proteger los derechos de las personas en situaciones desventajosas, pero muchas veces corresponderá a obligaciones de no hacer.

Desmontar esta visión tradicional acerca de los DESC, que los presenta bajo un prisma dicotómico respecto de los derechos civiles y políticos,⁸⁰⁴ es importante también por el alcance que ello tiene en relación con el tema de los recursos. El hecho de que

⁸⁰³ Ídem, párrafo 88. Se han eliminado las referencias contenidas en el mencionado párrafo.

⁸⁰⁴ Consúltase, Magdalena Sepúlveda Carmona, La supuesta dicotomía entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales a la luz de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, *cit.*, pp.284 ss.

cuando los instrumentos internacionales de derechos humanos se refieren a los DESC hagan referencia a los recursos disponibles, ha servido de excusa para limitar el alcance de tales derechos. Sin embargo, si se advierte que los DESC implican también muchas y muy importantes obligaciones de no hacer, debería concluirse que por lo menos en una medida relevante no hay diferencias entre estos derechos y los civiles y políticos. Para seguir con el ejemplo del principio de no discriminación, no se aprecia, por ejemplo, por qué resultaría más oneroso en términos de recursos para el Estado el prevenir, investigar y sancionar los casos de discriminación referidos a DESC que los concernientes a derechos civiles y políticos.⁸⁰⁵

5. LA CLÁUSULA DE PROGRESIVIDAD DE LOS DESC EN LOS INSTRUMENTOS INTERAMERICANOS

Como señaláramos más arriba, los instrumentos interamericanos regulan la cuestión de la progresividad de los DESC prácticamente del mismo modo que lo hace el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, quedando sujetos respecto de su grado de exigencia al nivel de recursos disponibles. De este modo, si bien el grado de exigibilidad podrá variar de un Estado a otro, la exigibilidad, no obstante, permanece.

No se trata, en consecuencia, de que mientras los derechos civiles y políticos sean de exigibilidad inmediata los derechos económicos, sociales y culturales no tengan tal característica: unos y otros son exigibles de manera inmediata, con la diferencia en el caso de los DESC de que el *grado* de exigibilidad variará de un país a otro o de una época a otra respecto de un mismo país.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU es el órgano intergubernamental que más ha avanzado en dilucidar los alcances y consecuencias de la cláusula de progresividad, sin perjuicio de que la Comisión

⁸⁰⁵ Consúltase en este sentido, Víctor Abramovich Cosarín, Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; en: *Presente y Futuro de los Derechos Humanos: Ensayos en Honor a Fernando Volio Jiménez*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1998, pp. 137-170, especialmente pp. 142-144.

Interamericana también lo haya venido haciendo en los últimos años. En este sentido, el Comité de DESC de la ONU ha establecido:

“En particular, aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De éstas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas, que se analiza en una observación general aparte, que será examinada por el Comité en su sexto período de sesiones, consiste en que los Estados se "comprometen a garantizar" que los derechos pertinentes se ejercerán ‘sin discriminación...’.”⁸⁰⁶

Una cuestión central que ha planteado el Comité de DESC es que existe un conjunto de condiciones mínimas para los miembros vulnerables de la sociedad que deben respetarse bajo toda circunstancia. En otras palabras, la carencia en materia de recursos no sirve de justificación al Estado para excusarse de dar cumplimiento a tales condiciones. Por escasos que sean, el Estado siempre dispondrá de algunos recursos y, por lo tanto, debe asignar parte de ellos para hacer efectivas por lo menos ciertas condiciones mínimas a las personas en situación desaventajada. El Comité de DESC lo plantea en los siguientes términos en su Comentario General N°3: “aún en tiempos de limitaciones graves de recursos, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo.”⁸⁰⁷

Aunque las restricciones en materia de recursos pueden ser significativas, aquello sobre lo que llama la atención el Comité de DESC es respecto del hecho de que también hay involucrado un grado de voluntad y decisión política de las autoridades. Y casi invariablemente, los sectores más desaventajados de una sociedad están en situación de ejercer niveles de presión menores que los mejor posicionados socialmente, lo que suele redundar en que se los postergue, por más graves que sean sus

⁸⁰⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N°3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes, cit., Punto 1.

⁸⁰⁷ Ídem, Punto 12.

condiciones de vida. Dicho de otra manera, a menudo no se trata de una imposibilidad fáctica, sino de una cuestión de prioridades, donde los más débiles resultan postergados.

Además hay que considerar otros aspectos en los que las obligaciones en materia de DESC continúan vigentes aun en tiempos de escasez. Entre ellas se encuentra una que no por elemental es usualmente satisfecha: la de no desviar fondos ni practicar o tolerar la corrupción. Esto puede referirse tanto a recursos provenientes del propio país como de la cooperación internacional. Como ha observado el Comité de DESC de la ONU:

“La otra [obligación] consiste en el compromiso contraído en virtud del párrafo 1 del artículo 2 en el sentido de "adoptar medidas", compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración. El significado cabal de la oración puede medirse también observando algunas de las versiones dadas en los diferentes idiomas. En inglés el compromiso es "*to take steps*", en francés es "*s'engage à agir*" ("actuar") y en español es "adoptar medidas". Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto.”⁸⁰⁸

En la misma línea, la obligación de diseñar e implementar políticas públicas sistemáticas en materia de derechos económicos, sociales y culturales subsiste. Y esto por una razón básica: en ausencia de tales políticas los recursos de que se disponga no podrán ser empleados de manera racional y adecuada.

⁸⁰⁸ Ídem, Punto 2.

En estrecha conexión con el punto anterior, permanece asimismo la obligación de monitorear la implementación de tales políticas⁸⁰⁹ y de permitir a la sociedad civil que cumpla las labores necesarias en tal sentido. Se trata, en consecuencia, de que, por una parte, el propio Estado evalúe sus políticas y, por otra, de que la sociedad civil no vea obstaculizadas sus labores al respecto.

Otro alcance relevante se refiere a la contracara de la progresividad, es decir, a la no regresividad. Así como a medida que se incrementa el nivel de recursos disponibles el grado de exigibilidad al Estado aumenta, ¿qué sucede en circunstancias inversas, cuando los recursos disminuyen?⁸¹⁰ Generalmente los Estados operan con un alto grado de discrecionalidad en tales contextos. Lo que señala el Comité de DESC es algo distinto: si bien ciertas circunstancias pueden justificar la restricción en materia de DESC, cualquier medida regresiva al respecto debe estar estrictamente justificada. Así, observa el Comité que “todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.”⁸¹¹

En el Sistema Interamericano se ha entendido la cláusula de progresividad de manera análoga a la de la ONU. Sin embargo, el asunto ha resultado más complejo tratándose de casos específicos. Así quedó demostrado en el tratamiento dado por la Corte en el primer caso contencioso en que se pronunciara expresamente sobre esta materia hasta la fecha, el de Cinco Pensionistas con Perú, en 2003.

La demanda presentada ante la Corte por la Comisión Interamericana alegaba la vulneración del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por el hecho de haber reducido el Estado peruano los montos de las pensiones de los afectados. Con ello, argumentaba la Comisión, no se les garantizaba el desarrollo progresivo de sus DESC (y en particular de sus derechos a la pensión), sino que se constataba una regresión injustificada. Para ilustrar el problema, la Comisión invocó además el art. 5 del Protocolo de San Salvador, que estatuye que las restricciones y

⁸⁰⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N°1, Presentación de Informes por los Estados Partes, E/1989/22 (1989), Puntos 3 y 4.

⁸¹⁰ Véase, Christian Courtis (compilador), *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, CEDAL/CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

⁸¹¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N°3, cit., Punto 9.

limitaciones a los derechos consagrados en dicho instrumento sólo podrán ser hechas mediante leyes destinadas a velar por el bienestar general en una sociedad democrática y en cuanto no contradigan el propósito y razón de tales derechos. La Corte rechazó lo planteado por la demanda, estableciendo que la situación no podía ser medida sólo en función de los cinco afectados, sino tomando al conjunto de la población como referencia, cosa que la Comisión no había hecho, señalando lo siguiente:

“Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas⁸¹², se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente.”⁸¹³

El tribunal añadió que

“[e]s evidente que esto último es lo que ocurre en el presente caso y por ello la Corte considera procedente desestimar la solicitud de pronunciamiento sobre el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales en el Perú, en el marco de este caso.”⁸¹⁴

En un voto concurrente razonado, el Juez García Ramírez, Presidente de la Corte, señala que “la Corte ha examinado derechos civiles que lindan con cuestiones económicas, sociales y culturales, pero aún no ha tenido la oportunidad de entrar de lleno en esta última materia, por sí misma, y tampoco ha podido pronunciarse acerca del sentido que posee la denominada progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales que contempla el artículo 26 de la Convención y recoge el Protocolo de San

⁸¹² Ídem.

⁸¹³ Corte IDH, Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú. Sentencia de 28 de febrero de 2003, párrafo 147. Se ha eliminado la referencia de la sentencia de la Corte al pronunciamiento del Comité de DESC de la ONU.

⁸¹⁴ Ídem, párrafo 148.

Salvador.”⁸¹⁵ El voto concurrente además reafirma el carácter obligatorio de los DESC, su jerarquía similar a los derechos civiles y políticos, así como su justiciabilidad y explicita que el tribunal carecía de elementos referidos a la situación general del país en cuestión (Perú), por lo que no pudo ponderar acaso la regresión en el caso de las cinco personas afectadas implicaba o no una transgresión a la cláusula de progresividad.

Courtis, que critica la sentencia en una serie de aspectos, apunta que ella revela “el temor a analizar la totalidad de una política pública a través de un caso contencioso: en la oposición entre las dimensiones ‘individual’ y ‘colectiva’, y en la sugerencia de evaluar la satisfacción de derechos económicos, sociales y culturales únicamente a partir del contexto del conjunto de la población puede vislumbrarse la reticencia de la Corte a tratar en un caso judicial temas vinculados con el diseño de políticas públicas y la disposición de recursos, probablemente por el temor de decidir sin información suficiente.”⁸¹⁶

Como señalan Rossi y Abramovich, se echa de menos en el fallo de la Corte una mayor fundamentación⁸¹⁷, especialmente considerando que se trataba de una materia que, por lo menos de manera específica en un caso, era primera vez que llegaba ante dicho tribunal, por lo que su jurisprudencia al respecto resultaba muy relevante. Rossi y Abramovich añaden que “[e]n principio pareciera que la Corte limita la afectación del artículo 26 a supuestos de afectaciones al conjunto de la población. También admitiría la Corte examinar un caso cuando la afectación de un grupo sea representativa de una situación general.”⁸¹⁸

Por su parte, para Faúndez Ledesma, “esta decisión tiene el efecto de limitar considerablemente el alcance de los derechos individuales en el marco del artículo 26 de la Convención”, los que a su juicio deben ser considerados justiciables bajo dicho tratado: “este asunto no se reduce a la mera existencia de un deber a cargo del Estado,

⁸¹⁵ Ídem, Voto Concurrente Razonado Juez García Ramírez.

⁸¹⁶ Christian Courtis, La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en: Christian Courtis, Denise Hauser y Gabriela Rodríguez, *Protección Internacional de Derechos Humanos: Nuevos Desafíos*, cit., pág. 56.

⁸¹⁷ Julieta Rossi y Víctor Abramovich, La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en: Claudia Martín, Diego Rodríguez-Pinzón y José A. Guevara B. (Compiladores), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, cit. La referencia a la falta de fundamentación suficiente de la sentencia de la Corte es de página 468.

⁸¹⁸ Ídem.

que deberá orientar sus tareas en el sentido que esa obligación establece, teniendo a los individuos como simples testigos a la expectativa de que el Estado cumpla el deber que le atribuye la Convención.”⁸¹⁹

Comparto con los autores mencionados sus prevenciones sobre la decisión de la Corte. No obstante, considero que por lo escueto de la sentencia y su escasa elaboración sobre este punto, ella se presta para una interpretación distinta a la formulada por ellos. Al respecto, a mi juicio no resulta claro que la Corte exija que la afectación sea al conjunto de la población. El fallo habla de que los derechos económicos, sociales y culturales no solo poseen un alcance colectivo, sino también individual. Esto es enfatizado en el Voto Concurrente del Juez García Ramírez, cuando hace ver que la Corte ha dejado en claro en su sentencia en “Cinco Pensionistas” que el artículo 26 proporciona las bases para la justiciabilidad de afectaciones individuales a tales derechos.

Más bien, lo que hace la Corte es establecer que no puede atribuir responsabilidad a un Estado con referencia exclusivamente a un grupo reducido de personas, siendo esto último lo que, al entender del tribunal, ocurriría en el caso en análisis. Está fuera de discusión en el caso que cinco personas vieron reducidos los montos de sus pensiones como consecuencia de una decisión del Estado peruano. El punto pareciera ser –y digo pareciera porque la Corte no lo explicita- que resultaba necesario demostrar que en la especie dicha regresión era injustificada, para lo cual la parte demandante debiera haber dado cuenta de la situación general en la materia en Perú. En un Voto Razonado separado, el Juez de Roux Rengifo discrepa de este enfoque de la Corte, señalando que ella “no puede ejercer –a diferencia de lo que ocurre con la Comisión– una labor de monitoreo general sobre la situación de los derechos humanos, ya sean los civiles y políticos, ya sean los económicos, sociales y culturales. El Tribunal solo puede actuar frente a casos de violación de derechos humanos de personas

⁸¹⁹ Héctor Faúndez Ledesma, Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano; en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso, DESC, libertad personal y libertad de expresión*, cit; ambas referencias son de pág.116.

determinadas, sin que la Convención exija éstas tengan que alcanzar determinado número.”⁸²⁰

El problema es que la sentencia de la Corte Interamericana en el caso “Cinco Pensionistas” dejó demasiado abierta la cuestión, al no proporcionar parámetros acerca de lo que podría ser considerado como un conjunto representativo de personas. De cualquier modo, tratándose de personas de una misma clase o grupo, como, por ejemplo, aquellas que pertenecen a un colectivo en situación de vulnerabilidad, podrían existir bases más claras para hablar de representatividad.

Cabe añadir que, en el supuesto que se considerara que existe una medida de carácter regresivo, la carga de la prueba se invertiría, ya que correspondería al Estado acreditar que ella reencuentra justificada. A este respecto es pertinente tener en cuenta lo que ha venido planteando el Comité de DESC de la ONU sobre este aspecto. Por una parte, y como ya hemos mencionado en este mismo apartado, el Comité se ha referido a las exigencias que impone al Estado cualquier medida regresiva, en el sentido de que ella requiere la más cuidadosa consideración y de que debe hallarse plenamente justificada en función de los parámetros del Pacto DESC (que vendrían siendo los mismos que los de los instrumentos interamericanos). Pero el Comité se ha pronunciado además sobre la cuestión de la regresividad a propósito de una serie de derechos específicos y ha considerado las medidas regresivas como *prima facie* violatorias del Pacto.⁸²¹ Siendo así, la carga de la prueba para justificar tales medidas recaerá en el Estado.

820 Corte IDH. Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú, cit., Voto Razonado Juez de Roux Rengifo. En su voto, este juez añade que comparte “la decisión de la Corte de abstenerse de declarar violado el artículo 26 de la Convención Americana, pero las razones que me llevan a ello son distintas a las planteadas en los considerados de la Sentencia” y que “[e]n el presente caso y por motivos ya expuestos, la Corte no entró a pronunciarse sobre el fondo de la cuestión de cuáles eran, dentro del marco del ordenamiento jurídico interno, los derechos de los cinco pensionistas, ni entró a determinar si la reducción pensional correspondió a una interpretación válida del verdadero alcance de las disposiciones legales preexistentes, o a una modificación (más exactamente, a una reducción) de los estándares normativos de reconocimiento y pago del derecho a la pensión. En esas circunstancias, la Corte carecía de una base sólida para declarar violado el artículo 26 y eso es lo que ha debido argumentarse para actuar en consecuencia.”

821 Cfr., Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N°12, El derecho a una alimentación adecuada, E/C.12/1999/5, Punto 19; Observación General N°13, El derecho a la educación, E/C.12/1999/10, Punto 45; Observación General N°14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, 2000, Punto 32. Consúltese también, Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, página 94.

En un caso posterior, el de Acevedo Buendía y Otros con Perú,⁸²² la Corte Interamericana reafirmó su competencia para conocer de alegadas violaciones al artículo 26 de la Convención, pero estableció que los hechos del caso no configuraban una infracción a dicha disposición.⁸²³ En este caso no fue la Comisión la que argumentó la vulneración del art. 26, sino que fueron los representantes de las víctimas quienes lo hicieron, sosteniendo que un conjunto de cesantes y jubilados de la Contraloría del Perú se vieron afectados por la adopción y aplicación de dos decretos del Estado de ese país, los cuales alegadamente habían violado “‘el deber de progresividad que le competía en el marco de la implementación del derecho humano a la seguridad social’, de acuerdo con el artículo 10 de la Constitución peruana, según el cual ‘[e]l Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida’”, añadiendo que el Estado “‘regresionó el nivel de protección que dicho derecho había alcanzado respecto de cada una de las víctimas, a quienes se confiscó el monto de sus pensiones en 9/10 de su valor mensual, violando con ello su derecho a la seguridad social’” y que tal “retroceso fue injustificado, en la medida en que el Estado no alegó ni probó, en momento alguno, que implementó la confiscación producida con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática’”.⁸²⁴

En su sentencia, la Corte primeramente reafirma su competencia para conocer de eventuales violaciones al art. 26 y, luego, entrando al fondo del asunto, y siguiendo el razonamiento que había empleado la Comisión en su Informe de Fondo para desechar la alegada violación de dicha disposición, emplea un *test* diferente a aquel al que había recurrido en el Caso “Cinco Pensionistas.” El Estado peruano planteó como una excepción preliminar la cuestión de la competencia de la Corte Interamericana respecto del art. 26, sosteniendo que la seguridad social no sería un derecho que se halla dentro de la competencia del tribunal al no estar contemplado en el Pacto de San José de Costa Rica ni ser uno de los dos derechos justiciables conforme al Protocolo de San Salvador. La Corte sostuvo que, como ella misma señalara en oportunidades anteriores (citando para tal efecto los casos Velásquez Rodríguez y 19 Comerciantes), “los términos amplios en que está redactada la Convención indican que la Corte ejerce una

⁸²² Corte IDH, Caso Acevedo Buendía y Otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú, Sentencia de 1 de julio de 2009.

⁸²³ La Corte consideró infringidos otros derechos.

⁸²⁴ Todas las citas son de Ídem, párrafo 94.

jurisdicción plena sobre todos sus artículos y disposiciones”,⁸²⁵ añadiendo que “puesto que el Perú es Estado Parte de la Convención Americana y ha reconocido la competencia contenciosa de la Corte, ésta es competente para decidir si el Estado ha incurrido en una violación o incumplimiento de alguno de los derechos reconocidos en la Convención, inclusive en lo concerniente al artículo 26 de la misma.”⁸²⁶

Al entrar al fondo del asunto en el caso Acevedo Buendía, y en particular a la alegada regresividad del derecho a la seguridad social en el caso, la Corte Interamericana, a diferencia de lo que hiciera en “Cinco Pensionistas”, no considera el número de afectados ni su representatividad en el conjunto de la población peruana como factores relevantes (el número de víctimas reconocidas por el tribunal fue de 273). En la sentencia en el caso Acevedo Buendía, la Corte señala, en cambio, que del desarrollo progresivo de los DESC “se desprende un deber – si bien condicionado – de no-regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho.” Añade la Corte que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU ha señalado que “las medidas de carácter deliberadamente re[gresivo] en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que [el Estado] disponga” y agrega que la Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá “determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso”. “Por todo lo expuesto –concluye al respecto el tribunal–, cabe afirmar que la regresividad resulta justiciable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate.”⁸²⁷

Sin perjuicio de lo anterior, al referirse al caso específico bajo análisis, la sentencia sostiene que “teniendo en cuenta que lo que está bajo análisis no es alguna providencia adoptada por el Estado que haya impedido el desarrollo progresivo del derecho a una pensión, sino más bien el incumplimiento estatal del pago ordenado por sus órganos judiciales, el Tribunal considera que los derechos afectados son aquellos

⁸²⁵ Ídem, párrafo 16. Se ha eliminado una nota a pie de página contenida en la sentencia.

⁸²⁶ Ídem, párrafo 17.

⁸²⁷ Ídem, párrafo 103. Se han eliminado dos referencias contenidas en el texto original.

protegidos en los artículos 25 y 21 de la Convención y no encuentra motivo para declarar adicionalmente el incumplimiento del artículo 26 de dicho instrumento.”⁸²⁸

En otros casos, la Corte Interamericana declinó pronunciarse acerca de si existía o no violación al art. 26 de la Convención Americana. Ello ocurrió primeramente en el caso Instituto de Rehabilitación del Menor con Paraguay.⁸²⁹ Si bien en dicha oportunidad el tribunal – sobre la base del principio *iura novit curia*- desestimó la excepción preliminar interpuesta por el Estado respecto de la invocación de dicha disposición por los representantes de las víctimas,⁸³⁰ consideró innecesario un pronunciamiento sobre el fondo al respecto (es decir, acerca de si correspondía o no atribuir responsabilidad a Paraguay por la violación de ese artículo en particular), indicando que bastaba hacerlo con respecto a los arts. 4 y 5 del referido instrumento en conexión con otras disposiciones que la Corte señala.⁸³¹ Sobre este caso se vuelve más adelante en este capítulo, a propósito de las formas de justiciabilidad indirecta de los DESC.

Posteriormente, en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú,⁸³² el tribunal interamericano consideró que los hechos quedaban subsumidos en violaciones a los artículos 8.1 y 25 de la Convención, los que declara vulnerados “en razón de la falta de certeza acerca de la vía a la que debían o podían acudir para reclamar los derechos que consideraran vulnerados y de la existencia de impedimentos normativos y prácticos para un efectivo acceso a la justicia.”⁸³³ Respecto de la alegación de los representantes de las víctimas en el sentido de que los despidos y la falta de reposición

⁸²⁸ Ídem, párrafo 106.

⁸²⁹ Corte IDH, Caso "Instituto de Reeducción del Menor" vs. Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004.

⁸³⁰ Ídem, párrafos 124 a 127. El Estado alegaba que los peticionarios en ningún momento habían invocado el art. 26 durante la tramitación ante la Comisión. La Corte desestimó la excepción preliminar sobre la base del principio *iura novit curia*, conforme al cual posee competencia para pronunciarse aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes a los casos de que conoce, independientemente de que ellas hayan o no sido invocadas por las partes en el proceso.

⁸³¹ El tribunal indicó que “[e]n la presente sentencia la Corte ya ha realizado un análisis respecto de las condiciones referentes a la vida digna, salud, educación y recreación en las consideraciones respecto de los artículos 4 y 5 de la Convención, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la misma y con el artículo 13 del Protocolo de San Salvador. Por ello, este Tribunal considera que no es necesario pronunciarse respecto del artículo 26 de la Convención” (ídem, párrafo 255).

⁸³² Corte IDH, Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Perú, Sentencia de 24 de noviembre de 2006.

⁸³³ Ídem, párrafo 136.

en sus puestos de los afectados conllevaron la privación injusta de su empleo, del derecho a una remuneración y a una serie de beneficios laborales; la interrupción de su acceso a la seguridad social; el cese de acumulación de sus años de servicio, que impidió a muchos de ellos acceder a su jubilación; además de efectos graves en su salud, la Corte señala que aunque las violaciones a las garantías judiciales contempladas en los arts. 8.1. y 25 “necesariamente tuvieron consecuencias perjudiciales para las presuntas víctimas, en tanto que cualquier cese tiene consecuencias en el ejercicio y goce de otros derechos propios de una relación laboral”⁸³⁴, el objeto del juicio no se centraba en dichos efectos, por lo que no declara una transgresión del art. 26, sin perjuicio de tomarlos en consideración al momento de fijar las reparaciones.

6. LAS VÍAS DIRECTAS DE JUSTICIABILIDAD DE LOS DESC EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

Si, como hemos visto, ha resultado problemático el asentar la doctrina de que los derechos económicos, sociales y culturales importan obligaciones jurídicas para los Estados, más controvertida ha resultado incluso la cuestión de su justiciabilidad, sobre la que recién se ha venido desarrollando un enfoque más sistemático –pero todavía insuficiente- en los últimos años. Por justiciabilidad entendemos aquí la posibilidad de presentar denuncias sobre casos específicos de presuntas violaciones a determinados derechos. De alguna manera hemos adelantado al respecto en el apartado anterior, pero solo en su conexión con la cláusula de progresividad. En este apartado exploraremos la cuestión de las vías directas y en el siguiente la de las indirectas.

Para analizar la justiciabilidad de los DESC ante el Sistema Interamericano, es conveniente comenzar por la revisión de sus distintos instrumentos. En lo concerniente al más antiguo de éstos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre –que, como anotáramos, consagra también derechos económicos, sociales y culturales-, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha acogido denuncias basadas en el mencionado instrumento referidas a DESC, aunque solo en escasas ocasiones. Esto

⁸³⁴ Ídem.

último se explica fundamentalmente porque la época en que la Comisión hizo mayor uso de la Declaración fue cuando existían numerosas dictaduras, por lo que su atención iba dirigida a violaciones masivas y sistemáticas de derechos civiles básicos, como la vida y la integridad temporal. Una vez que concluyen las dictaduras, la mayoría de los Estados –todos los de América Latina entre ellos- ratifican la Convención Americana sobre Derechos Humanos y es esta la que empieza a ser empleada con mayor frecuencia.

De todos modos, ha habido algunos casos relevantes decididos por la Comisión sobre DESC fundados en la Declaración Americana, como el de los Testigos de Jehová (Argentina) en los setenta, el caso de los indígenas Yanomami (Brasil) en los ochenta, y otros posteriores. Aunque el primero de ellos, de 1978, se refiere en sus aspectos centrales a derechos civiles, se pronuncia también acerca del derecho a la educación, estableciéndose que “el Gobierno de Argentina violó el derecho a la seguridad e integridad de la persona (Artículo I), el derecho de libertad religiosa y de culto (Artículo V), el derecho a la educación (Artículo XII), el derecho de asociación (Artículo XXI) y el derecho de protección contra la detención arbitraria (Artículo XXV), de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.”⁸³⁵

Por su parte, el Caso Yanomami se refería a la afectación de los derechos del pueblo indígena del mismo nombre como consecuencia de la construcción de una autopista que atravesaba el territorio que ocupaban desde tiempos inmemoriales, el cual fue invadido por trabajadores, geólogos, exploradores mineros y colonos deseosos de asentarse en dicho territorio; “que tales invasiones se llevaron a cabo sin previa y adecuada protección para la seguridad y salubridad de los indios Yanomami, lo cual dio como resultado un considerable número de muertes por epidemias de influenza, tuberculosis, sarampión, malaria, enfermedades venéreas, etc.; que indígenas habitantes de varias aldeas cercanas a la ruta de la autopista BR-210 (Rodovia Perimetral Norte) abandonaron sus aldeas, convirtiéndose en mendigos o en prostitutas sin que el Gobierno de Brasil adoptase las medidas necesarias para impedirlo” y que todo ello dio origen a graves y violentos conflictos, que “afectaron la vida, seguridad, salud e

⁸³⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 2137 (Argentina), Testigos de Jehová, 18 de noviembre de 1978.

integridad cultural de los Yanomami.”⁸³⁶ La CIDH concluye que Brasil violó en perjuicio de los indígenas el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad (artículo 1); el derecho de residencia y tránsito (artículo 8); y el derecho a la preservación de la salud y bienestar (artículo 9).

En lo que concierne a la competencia de la Corte Interamericana, el asunto es más complejo todavía. Para que la Corte adquiriera jurisdicción contenciosa respecto de un Estado, es necesario que este ratifique la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que formule una declaración expresa acerca de la aceptación de tal competencia. En lo relativo a lo sustantivo de las decisiones contenciosas, la Corte no se ha pronunciado sobre acaso podría o no imputar responsabilidad a un Estado por transgresiones a la Declaración Americana. En efecto, planteado un asunto de esta naturaleza ante la Corte en el caso Cantos, el tribunal no se pronunció al respecto, señalando que las violaciones a que se alegaban se hallaban fuera de su competencia debido a la época en que habían acaecido los hechos.⁸³⁷

El argumento que han solido esgrimir ante la Corte aquellos que señalan que esta sí poseería competencia para encontrar violaciones basándose en la Declaración se remite al artículo 29 de la Convención Americana, cuando esta prevé que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de “excluir o limitar el efecto que puedan tener la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.”

Aunque posterior en el tiempo, por razones de sistematicidad de nuestro análisis, nos referiremos en seguida a la justiciabilidad bajo el Protocolo de San Salvador y sólo después a la situación al respecto conforme a la Convención Americana.

Como señaláramos de manera sintética anteriormente, el Protocolo de San Salvador sólo contempla la justiciabilidad de dos derechos: el derecho de sindicación y el derecho a la educación. El primero de tales derechos aparece consagrado en el artículo 8.1.a del Protocolo, el que establece que “el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados partes permitirán a los

⁸³⁶ Ambas citas son de Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución N°12/85, Caso 7615 (Brasil), 5 de marzo de 1985.

⁸³⁷ Corte IDH, Caso Cantos, Sentencia de 28 de noviembre de 2002, párr.48.

sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a las de su elección. Los Estados partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente.” Claramente, se trata de un derecho que ya era justiciable en el Sistema Interamericano, a través del ejercicio de un derecho civil consagrado en la Convención Americana: el de asociación. La Convención incluye expresamente entre los fines posibles de la asociación los de carácter laboral (artículo 16). Algo similar ocurre en la forma en que la Declaración Americana regula el derecho de asociación (artículo XXII). Por ello, en la práctica el Protocolo no añade nada nuevo al disponer la posibilidad de hacer justiciable el derecho de sindicación.

En lo que hace al otro derecho mencionado, el derecho a la educación, este aparece reconocido en términos mucho más pormenorizados que en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. El Protocolo regula este derecho en su artículo 13, el cual comienza señalando en su numeral 1 que “[t]oda persona tiene derecho a la educación”, para seguidamente referirse a sus fines en el numeral 2. A su turno, el numeral 3 se refiere a una serie de aspectos específicos, disponiendo lo siguiente:

“Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación:

- a. la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;
- b. la enseñanza secundaria en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
- c. la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

- d. se deberá fomentar o intensificar, en la medida de lo posible, la educación básica para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;
- e. se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales.”

Por su parte, el numeral 4 se refiere al derecho de los padres de dar a sus hijos el tipo de educación que les parezca apropiado, siempre que se ajusten a los principios que el propio Protocolo enuncia. Este derecho ya podría entenderse contenido en ciertos derechos civiles.

Si se revisan las disposiciones específicas del numeral 3, se advertirá que dos de ellas, las contempladas en las letras a) y e), esto es, la enseñanza primaria obligatoria y gratuita y la educación diferenciada para personas que viven con discapacidades aparecen reguladas sin condiciones de ninguna especie, sin que respecto de ellas se aplique la cláusula de progresividad u otra análoga, con lo cual el Protocolo se aparta - en términos más protectores- de las regulaciones típicas en materia de derechos económicos, sociales y culturales.⁸³⁸ Esto sin duda debiera facilitar la justiciabilidad de estas disposiciones.

En cambio, las otras tres letras del numeral 3, referidas a la enseñanza secundaria, la educación superior y la enseñanza primaria para adultos, contienen alguna forma de condicionamiento, las dos primeras refiriéndose a la “implantación progresiva” y la tercera a que se lleve a cabo “en la medida de lo posible.”

Por la época en que fue adoptado el Protocolo de San Salvador (a fines de los 80s –aunque entrara en vigor aproximadamente una década más tarde, lo que nos interesa para el efecto que señalaré es la fecha de su adopción), podía entenderse como un avance el que reconociera la justiciabilidad de estos dos derechos, especialmente del segundo de ellos (a la educación, ya que el primero se encuentra ya protegido vía derecho de asociación), sobre todo considerando la posibilidad de llegar con un caso no

⁸³⁸ No obstante, la Declaración Americana, en su art. XII inciso final, ya consagraba la educación primaria gratuita; la diferencia estriba en la naturaleza de los instrumentos (una Declaración y un Tratado).

sólo hasta la Comisión sino hasta la Corte. Por esa época eran muy escasas las decisiones de la Comisión con incidencia en DESC en casos específicos basadas en la Declaración Americana y todavía no se había contemplado la posibilidad de fundar denuncias en el artículo 26 de la Convención.

Pero en la actualidad la situación es diferente, en especial considerando el desarrollo dado por la Comisión al art. 26 y al hecho de que la Corte, aun cuando haya rechazado atribuir responsabilidad a un Estado en los casos basados en dicha disposición sobre los que se ha pronunciado expresamente, se ha declarado competente para conocer de demandas fundadas en tal artículo. Esto podría incluso dar lugar a un problema hermenéutico, sobre el que nos detendremos al revisar los alcances del art. 26 en materia de derechos específicos.

La determinación de los contenidos sustantivos del artículo 26 de la Convención Americana no es tarea sencilla, considerando que dicha disposición no menciona ningún DESC en particular. Así, cabe formularse la pregunta acerca de cuáles derechos se encuentran garantizados mediante esta norma.

Como hemos señalado, en lo que ahora nos interesa, dicha disposición se refiere a “los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.” Al momento de ser adoptada la Convención Americana en 1969 la reforma introducida por el Protocolo de Buenos Aires era la más reciente, ya que había tenido lugar en 1967.

Es importante atender a la expresión “derechos que se derivan”, ya que la Carta de la OEA reconoce explícitamente derechos en muy contados casos. En general, lo que hace la Carta es referirse a objetivos de política pública en materia económico, social y cultural, a partir de los cuales deberá hacerse la derivación señalada en el art. 26 de la Convención Americana.⁸³⁹ Para efectuarla debe considerarse de manera relevante la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre –la que, como hemos anotado, contiene un catálogo de DESC-, ya que, como ha señalado la Corte Interamericana, “a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han

⁸³⁹ Véase en este sentido, Christian Courtis, La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *cit.*, pp. 3 ss.

entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA”⁸⁴⁰

Ello no significa, sin embargo, que corresponda hacer una remisión directa a la Declaración Americana en casos concernientes a derechos económicos, sociales y culturales. La remisión que hace el art. 26 de la Convención no es a la Declaración, sino a la Carta de la OEA. Por lo mismo, no cabe hacer una referencia directa a la Declaración –como asumiendo que ella llena íntegramente de contenido en materia de DESC a la Convención–, sino que la Declaración debe hacer las veces de instrumento para derivar los DESC de la Carta.⁸⁴¹

De manera explícita, la Carta de la OEA reconoce dos DESC: el derecho al trabajo y el derecho a la educación. Respecto al primero de ellos, señala en su artículo 45 b) que “[e]l trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar.” En otras letras de la misma disposición se reconoce también el derecho de formar sindicatos, así como el negociar colectivamente y el derecho de huelga.

⁸⁴⁰ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-10/89, Interpretación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14 de julio de 1989, párrafo 43.

⁸⁴¹ En esta línea, véase Julieta Rossi y Víctor Abramovich, La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *cit.*, pp. 471-473. Los autores critican la decisión de la Comisión Interamericana en tal sentido, en el caso de Milton García Fajardo y Otros con Nicaragua (Caso 11.381, Informe N°100/01, 16 de abril de 2001), en que estableció que Nicaragua violó los DESC reconocidos en el art. 26 de la Convención al vulnerar los derechos al trabajo, al descanso y a la seguridad social consagrados en la Declaración Americana. Los autores agregan que “[c]on ello no estamos afirmando que la conclusión a la que arriba la Comisión sea errónea, sino que ha sido, a nuestro entender, incorrecta la técnica utilizada para inferir derechos sociales del artículo 26 de la Convención, mediante la apelación directa y sin razonamiento alguno al texto de la Declaración Americana” (pp.472-473).

Por lo que se refiere al derecho a la educación, la Carta de la OEA lo reconoce en su art. 49, consagrando en carácter de obligatoria la enseñanza primaria y agregando que cuando sea el Estado el que la imparta, ella deberá ser gratuita. También establece que “[l]a educación media deberá extenderse progresivamente a la mayor parte posible de la población” y que “[l]a educación superior estará abierta a todos, siempre que, para mantener su alto nivel, se cumplan las normas reglamentarias o académicas correspondientes.” Además, el artículo 50 dispone que “[l]os Estados miembros prestarán especial atención a la erradicación del analfabetismo; fortalecerán los sistemas de educación de adultos y habilitación para el trabajo; asegurarán el goce de los bienes de la cultura a la totalidad de la población, y promoverán el empleo de todos los medios de difusión para el cumplimiento de estos propósitos.”

Tratándose de otros DESC, sería necesario efectuar la derivación a que venimos haciendo mención. Ello ocurre, por ejemplo, en lo concerniente al derecho a la seguridad social, puesto que la Carta de la OEA establece entre los elementos para alcanzar un orden social justo el “[d]esarrollo de una política eficiente de seguridad social” (art. 45 h). Además, como antes apuntábamos al tratar del derecho al trabajo, la Carta dispone que el régimen de salario justo se refiere tanto a los años de trabajo como a la vejez, o cuando otras circunstancias priven a la persona de la posibilidad de trabajar, es decir, aludiendo, por tanto, a típicas normas de seguridad social. Los alcances del contenido de este derecho pueden ser además adecuadamente comprendidos si se considera –siguiendo el criterio formulado por la Corte Interamericana antes citado– lo que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre dispone al respecto, que resulta coherente con la Carta y especifica varios elementos que no entraremos a detallar aquí.

Una situación análoga a la anterior se produce respecto de los derechos culturales, que aparecen recogidos en la Carta de la OEA en términos que los Estados “asegurarán el goce de los bienes de la cultura a la totalidad de la población” (art. 50), siendo regulado además en numerosas otras disposiciones del mismo instrumento.

Por lo que concierne al derecho a la salud, la Carta de la OEA está lejos de ser explícita, y sólo podría llegar a efectuarse una derivación a partir del art. 34 j), que

señala entre las metas necesarias para lograr el desarrollo integral la “[d]efensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica.”⁸⁴²

En lo que se refiere al derecho a la vivienda, la Carta establece que entre las metas para alcanzar el desarrollo integral se halla la de una “[v]ivienda adecuada para todos los sectores de la población” (art. 34 k).

A su turno, el art. 34 j) incluye entre las metas la “[n]utrición adecuada, particularmente por medio de la aceleración de los esfuerzos nacionales para incrementar la producción y disponibilidad de alimentos.”

De todos modos, en la medida en que resulte más difícil la derivación de derechos a partir de normas de la Carta de la OEA, convendrá evaluar acaso no resultará más eficaz el camino de la justiciabilidad de los DESC por vías indirectas, es decir, mediante la invocación de derechos inequívocamente justiciables (como son los derechos civiles y políticos), a lo cual me referiré en el apartado siguiente.

Algunos autores, como Cavallaro y Schaffer, han caracterizado lo que llaman “expansión del artículo 26” como una “opción sospechosa.”⁸⁴³ Señalan en beneficio de su tesis que los trabajos preparatorios de la Convención Americana revelan el debate que existió acerca de si dicho instrumento debería o no recoger los derechos económicos, sociales y culturales y que, en todo caso, el hacerlo a través del artículo 26 sin contener un catálogo de los mismos, sería manifestación del propósito de brindarles una protección débil y no que los Estados hayan pasado por alto el asunto.

⁸⁴² En el Caso de Jorge Odir Miranda Cortez contra El Salvador, la Comisión Interamericana emitió un Informe de Fondo referido al tema de la medicación del Estado a quienes vivían con VIH/SIDA y carecían de recursos para costearla. LA CIDH consideró que dado que se habían implementado medidas adecuadas y no se había configurado una violación al derecho a la salud. Si bien la Comisión estimó transgredidos otros derechos, en definitiva no envió el caso a la Corte Interamericana al haberse cumplido la gran mayoría de las recomendaciones que formulara en su Informe de Fondo. Véase, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N°27/09, Caso 12.249, Caso Jorge Odir Miranda Cortez y Otros (El Salvador), 20 de marzo de 2009.

⁸⁴³ James L. Cavallaro y Emily J. Schaffer, Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas, en: *Hastings Law Journal* N°56, diciembre 2004, pp. 217-281. Véase especialmente pp. 267-269.

Más allá de que exista alguna discusión respecto de los alcances de los trabajos preparatorios de la Convención Americana sobre el art. 26,⁸⁴⁴ como se encuentra largamente desarrollado en el Derecho Internacional, tanto por vía de la jurisprudencia como a través de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos (que contiene normas específicas sobre interpretación en su artículo 29), los trabajos preparatorios son sólo uno de los diferentes elementos de interpretación que deben tenerse en consideración para la determinación del sentido y alcance de los instrumentos internacionales. En materia de derechos humanos en particular, existe una larga tradición jurisprudencial y doctrinal en cuanto al lugar central que desempeña la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales.⁸⁴⁵ Ello se basa, a su vez, en la relevancia que posee el principio *pro homine* en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.⁸⁴⁶

Cavallaro y Schaffer también se refieren –aunque, a mi juicio, de manera poco clara en cuanto a sus alcances- a un aspecto que antes enunciáramos: el de la relevancia que la adopción del Protocolo de San Salvador podría tener para interpretar el alcance del art. 26 de la Convención Americana en lo referido a qué DESC serían justiciables. Ellos apuntan que “en tanto uno puede, sin embargo, argumentar que el artículo 26 es ambiguo acerca de la creación de derechos justiciables, la OEA pareciera haber resuelto estas dudas cuando elaboró y adoptó el Protocolo de San Salvador. A diferencia del artículo 26 de la Convención, el Protocolo de San Salvador, que se refiere a la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales en América, establece claramente las circunstancias bajo las cuales una violación puede ser considerada en una

⁸⁴⁴ Véase, Tara Melish, *Rethinking the Less as More Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas*; en: *New York University Journal of International Law and Politics* Vol. 39, pp. 171 ss., 2006, especialmente pp. 225-230. La autora señala que de los trabajos preparatorios se deduce algo distinto, ya que resultó inequívoca la inclusión con carácter de derechos protegidos de los DESC, con un solo Estado oponiéndose al respecto y que la decisión de redactar el art. 26 en términos análogos al 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales revela el propósito de ser precisos y evitar exagerar en las especificaciones. Si bien me parece que las observaciones de Melish atemperan las de Cavallaro y Schaffer en cuanto a la intensidad del debate, mirado el problema como conjunto no consiguen derribar las afirmaciones de éstos acerca de los trabajos preparatorios, ya que el hecho de no incluir un catálogo de DESC constituye un déficit de la Convención Americana comparada con el PIDESC, aprobado tres años antes y que sí lo contempla.

⁸⁴⁵ Véase, Pedro Nikken, *La Protección Internacional de los Derechos Humanos: su Desarrollo Progresivo*, Civitas, Madrid, 1987.

⁸⁴⁶ Cfr., Mónica Pinto, *El principio pro homine: criterios hermenéuticos y pautas para la regulación de los derechos humanos*; en: Martín Abregú y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ediciones del Puerto-CELS, Buenos Aires, 1997, pp.163-171. La autora resalta la importancia de este principio cuando coexisten normas internacionales de distinto alcance en un mismo ámbito.

petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El artículo 19 establece que la violación de los artículos 8 a) y 13 dan lugar a ejercer el derecho de petición individual ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Como hemos anotado, la clara implicación de este artículo es que las violaciones a otros artículos del Protocolo de San Salvador no dan lugar al ejercicio del derecho de petición individual ante la Comisión Interamericana.”⁸⁴⁷ Luego señalan que la propia Comisión en su Reglamento así lo reconoció.

He señalado que considero poco claras las afirmaciones de Cavallaro y Schaffer porque, aunque no señalan expresamente que con la adopción del Protocolo haya quedado excluida la posibilidad de entender como justiciables otros DESC bajo el art. 26 de la Convención Americana, sí parecen sugerirlo. Al respecto, cabe observar que el hecho de que la Comisión estableciera en su Reglamento que sólo procede atribuir responsabilidades específicas a los Estados bajo los arts. 8 a) y 13 del Protocolo resulta irrelevante, ya que en la misma disposición reglamentaria se establece que ello es susceptible de hacerse también conforme a la Declaración Americana y a otros instrumentos. La CIDH se ha limitado a dejar constancia de las disposiciones específicas de los instrumentos interamericanos, incluyendo, por ejemplo, la Convención Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (“Convención de Belém do Pará”), a cuyo artículo 7 alude el Reglamento. De hecho, como veíamos a propósito de la demanda presentada ante la Corte en el caso “Cinco Pensionistas”, la Comisión ha recurrido a otras disposiciones del Protocolo (en dicho caso se trataba del artículo 5) no para que se atribuya responsabilidades específicas de un Estado con respecto a ellas, sino como herramienta hermenéutica para ilustrar el alcance del art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El punto es que en los 11 años que transcurrieron entre la adopción del Protocolo de San Salvador y su entrada en vigor la jurisprudencia y práctica de los órganos interamericanos de derechos humanos habían experimentado numerosas y significativas transformaciones, incluyendo una serie de ellas referidas a los DESC y su justiciabilidad. Lo que al momento de la adopción del Protocolo podía aparecer como un paso adelante al respecto, no necesariamente lo era en el nuevo contexto de más de

⁸⁴⁷ James L. Cavallaro y Emily J. Schaffer, *Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas*, *cit.*, pp.268-269 (la traducción es mía).

una década más tarde (esto es sin perjuicio, por cierto, del evidente avance que significa que un tratado interamericano contenga un catálogo de DESC). ¿Debe, en consecuencia, interpretarse el Protocolo como limitando una comprensión progresiva del art. 26 de la Convención Americana en lo referido a los derechos justiciables?

Viviana Krsticevic plantea que “[u]na vía para compatibilizar la existencia de estos instrumentos [el Protocolo y la Convención] dando una interpretación diferenciada puede ser el establecer que aquellos derechos protegidos por la Carta de la OEA que tengan un contenido amplio en el PSS [Protocolo de San Salvador] pueden considerarse protegidos en su mínimo fundamental (‘core content’) en la medida que el estado no haya ratificado el Protocolo o no exista un mecanismo para la justiciabilidad internacional de los mismos en el PSS.”⁸⁴⁸ Como se advierte, este argumento se refiere a dos situaciones distintas. En la primera situación –cuando el Estado no haya ratificado el Protocolo–, no se aprecia conforme a qué fundamento se le podría atribuir al Estado responsabilidades específicas de violaciones al Protocolo en un caso contencioso. Cosa distinta es que los órganos del Sistema Interamericano puedan recurrir a dicho instrumento para ilustrar el sentido de disposiciones de otros tratados o declaraciones, como, por lo demás, la Comisión y la Corte han hecho en reiteradas oportunidades, recurriendo a diversos instrumentos que regulan de manera pormenorizada determinadas materias (como las convenciones interamericanas sobre tortura, desapariciones forzadas, violencia contra la mujer, etc.). En lo concerniente al Protocolo de San Salvador, en consecuencia, sus disposiciones pueden ser útiles para ilustrar el sentido de los DESC, que él regula en detalle, pero no se advierte cómo podría servir de base para atribuir responsabilidades específicas a un Estado que no lo haya ratificado.

En cuanto al segundo aspecto mencionado por Viviana Krsticevic, lo cierto es que la Comisión y la Corte parecen haber ido más allá del argumento que se refiere al mínimo fundamental (o contenido mínimo) de los DESC. Si bien, como lo muestra el caso “Cinco Pensionistas” la Corte impuso exigencias más altas que la Comisión para la determinación de cuándo podría acogerse una demanda de violación del art. 26 de la

⁸⁴⁸ Viviana Krsticevic, La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano; en: VV.AA., *Construyendo una Agenda para la Justiciabilidad de los Derechos Sociales*, CEJIL, San José de Costa Rica, 2004, cit.; la referencia es de p.172. La tesis del ‘core content’ para la justiciabilidad de ciertos DESC es la que ha venido siendo aplicada por el Tribunal Constitucional de Sudáfrica. Sobre el tema más general, véase, Katharine Young, *The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content*; en: *Yale Journal of International Law*, Vol. 33 N°1, Invierno 2008, pp.113-175.

Convención Americana, ambos órganos compartieron el criterio de que tal invocación es posible, incluso respecto de un Estado –como Perú en “Cinco Pensionistas”- que ya había ratificado el Protocolo, encontrándose este, además, en vigor internacionalmente al momento en que la Corte decidió el caso. La noción de progresividad de los derechos humanos, en el sentido antes observado y su conexión con el principio *pro persona*, ampliamente desarrollados en la doctrina y jurisprudencia internacionales, resulta, a mi juicio, la base para argumentar que el art. 26 de la Convención Americana puede servir de fundamento para atribuir responsabilidades específicas en casos contenciosos incluso respecto de derechos cuya justiciabilidad no se encuentre reconocida por el Protocolo de San Salvador. A lo anterior cabe añadir que el art. 4 de dicho instrumento establece que “[n]o podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, so pretexto de que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado.” Si bien es cierto que esta última disposición no es concluyente en relación con el problema que nos ocupa –ya que en la especie se trata de un instrumento adicional a aquel cuyos alcances se intenta determinar (la Convención Americana sobre Derechos Humanos)-, no lo es menos que viene a reforzar los argumentos expuestos con anterioridad.⁸⁴⁹

El debate sobre los alcances de esta materia en el Sistema Interamericano ha continuado a nivel académico en los últimos años, especialmente como derivación del artículo de Cavallaro y Schaffer antes citado. Así, en su extenso trabajo recién citado, Tara Melish se hace cargo pormenorizadamente de las tesis contenidas en aquel estudio, a lo cual, primero Cavallaro y Schaffer⁸⁵⁰ y luego el mismo Cavallaro junto con Brewer⁸⁵¹ han formulado réplicas (la primera de dichas réplicas está escrita en inglés y es considerablemente más extensa que la segunda).

⁸⁴⁹ En el sentido de que esta disposición sí resultaría concluyente, véase Tara Melish, *Rethinking the Less as More Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas*, cit. (en adelante “Rethinking”), p.232. La traducción de este y demás pasajes del artículo son mías.

⁸⁵⁰ James L. Cavallaro y Emily J. Schaffer, *Rejoinder: Justice before Justiciability: Inter.-American Litigation and Social Change*; en *New York University Journal of International Law and Politics* Vol. 39, pp. 345 ss., 2006.

⁸⁵¹ James L. Cavallaro y Stephanie Erin Brewer, *La Función del Litigio Interamericano en la Promoción de la Justicia Social*; en: *SUR- Revista Internacional de Derechos Humanos*, Año 5 N°8, Sao Paulo, Junio de 2008.

Melish critica frontalmente el artículo de Cavallaro y Schaffer (en adelante “Less as More”), afirmando que el planteamiento de estos, de ser considerado por los litigantes y los órganos del sistema interamericano- implicaría un serio retroceso para la protección de los DESC en dicho sistema. Señala la autora que las tesis de “Less as More” “urgen hacia un regreso a esteoreotipos jurídicos del pasado que no han sido de ayuda”,⁸⁵² y que dicho artículo recomienda “que los litigantes simplemente reformulen las demandas por derechos sociales, incluso en sus dimensiones más amplias, más estructurales o difusas, como violaciones de derechos civiles y políticos clásicos.”⁸⁵³ Melish también critica a Cavallaro y Schaffer por recomendar a los litigantes a ser “‘más cautelosos’, ‘contenidos’ y ‘reflexivos’ en sus estrategias de litigio, al tiempo que invocan casos [hipotéticos] que, en materia de justiciabilidad, probablemente no sobrevivirían decisiones sobre admisibilidad elementales en el sistema interamericano.”⁸⁵⁴ “La máxima ironía de la tesis de menos como más [less as more] de los autores –escribe Tara Melish- es que su definición de ‘menos’ de hecho no concede menos de nada –ni desde un punto de vista cuantitativo ni desde uno cualitativo. Esto queda claro de los ‘casos de test’ [“test cases”] expuestos en el capítulo IV de su artículo, un conjunto de casos que esta litigante sobre derechos sociales sería reacia a considerar en cuanto a su justiciabilidad y subsidiariedad. Por cierto -prosigue-, las hipótesis propuestas replican los mismos espinudos problemas que han conducido históricamente a una ambivalencia jurídica respecto de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos operativos.”⁸⁵⁵

La autora plantea que lejos de ser una opción sospechosa - como anotan Cavallaro y Schaffer-, el uso directo de los DESC para el litigio de casos, “cuando se toman en consideración las reglas jurisdiccionales y las circunstancias de hecho (...), puede ser a menudo la opción preferible estratégicamente.”⁸⁵⁶ En este orden de cosas, señala que el Sistema Interamericano se encuentra ampliamente equipado para tal efecto y que “[l]os errores de los litigantes respecto de la materia objeto de la jurisdicción – particularmente con respecto a la impropia invocación de la Declaración Americana y

⁸⁵² Tara Melish, *Rethinking* (...), cit., p. 174.

⁸⁵³ Ídem, p.175.

⁸⁵⁴ Ídem, p.198.

⁸⁵⁵ Ídem, pp. 203-204.

⁸⁵⁶ Ídem, p.206.

del Protocolo de San Salvador- son de hecho el principal factor para que se desestimen las demandas que hacen el uso directo [de los DESC] en el sistema regional.”⁸⁵⁷

Tara Melish se exploya posteriormente en forma lata acerca de las tres vías a través de las cuales puede hacerse un uso directo de los DESC para el litigio interamericano. En primer término, se refiere a aquellos derechos que, fundados en la Declaración Americana, pueden invocarse para litigar casos ante la Comisión (pero no ante la Corte) contra los Estados de la OEA que no han ratificado la Convención Americana ni han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte. En segundo lugar, analiza aquellos derechos que pueden ser invocados bajo el art. 26 de la Convención Americana, contra los Estados que han ratificado dicho instrumento. Finalmente, revisa los derechos que pueden ser invocados bajo los arts. 8.1. letra a y 13 del Protocolo de San Salvador en relación con los Estados partes del mismo. La autora incluye en su análisis referencias a la jurisprudencia de la Comisión y la Corte en materia de DESC, incluyendo el caso “Cinco Pensionistas” –al cual ya hemos hecho mención-, respecto del cual explica por qué no puede ser entendido como cerrando la puerta al litigio en la Corte bajo el art. 26 de la Convención Americana. Por medio de este recorrido, Tara Melish persigue mostrar que la vía directa de justiciabilidad de los DESC en el sistema interamericano posee sustento, y que su calificación como “opción sospechosa” por parte de Cavallaro y Schaffer es inapropiada.

Por último, entre otros diversos aspectos (aquí sólo me he referido a los que considero más relevantes), la autora critica “Less as More” cuando en este se sostiene que la vía directa de justiciabilidad de los DESC, especialmente bajo el art. 26 de la Convención, en caso de hacerse efectiva generaría fuertes resistencias de muchos Estados de la OEA, que mantienen la visión tradicional, que concibe una dicotomía entre derechos civiles y políticos, de una parte, y derechos económicos, sociales y culturales, de otra, asignando prioridad a la protección de los primeros.

En la réplica de Cavallaro y Schaffer y en la que el primero escribiera con Brewer –a las cuales ya hemos hecho referencia-, se hacen cargo de las principales críticas formuladas por Melish. En estas réplicas se pone el acento –más claramente que en “Less as More”, según mi parecer- en el sentido estratégico que sus propuestas

⁸⁵⁷ Idem, p.213.

poseen para la litigación interamericana en materia de DESC. Así, señalan que “[g]ran parte del debate entre Melish y nosotros se refiere a la viabilidad técnica –desde la perspectiva del litigante- de alegar ante la Corte [Interamericana] directamente la violación de DESC. Al respecto, los autores del presente documento continúan albergando serias dudas sobre las perspectivas de éxito mediante este enfoque y abogan para que los litigantes del sistema tengan en mente los límites prácticos y legales del artículo 26 de la Convención al momento de plantear sus casos. Sin embargo, al evaluar esta discusión, hemos comenzado a poner énfasis en un aspecto mucho más amplio: más que analizar cómo los litigantes pueden convencer a la Corte en reconocer, bajo los alcances del artículo 26, la justiciabilidad de los DESC, los peticionarios deberían preguntarse a sí mismos cuál es el mejor medio para lograr el goce efectivo de los DESC.”⁸⁵⁸

Las réplicas remarcan que a nivel de la Corte, y a pesar de la ampliación del número de casos a partir de las reformas de los reglamentos de esa institución y de la Comisión en 2001, el volumen de los mismos continúa siendo muy bajo, considerando la magnitud de las violaciones a los derechos humanos en los Estados de la OEA. Por ello –apuntan-, el Sistema Interamericano, y especialmente el litigio de casos ante la Corte Interamericana, “debería ser visto como una herramienta que debe ser usada para amplificar a un muy limitado número de casos”,⁸⁵⁹ añadiendo que “[s]i la perspectiva de los derechos civiles y políticos ofrece una mejor oportunidad para defender y promover el cambio, entonces es esa perspectiva, antes que la de los DESC, la que debería tener prioridad.”⁸⁶⁰ Lo central para los autores de estas réplicas no son, pues, los tipos de derechos que se invoquen, sino el efecto que los casos produzcan. Y al respecto subrayan que “el impacto real y efectivo de las decisiones de la Corte no ha tenido un correlato directo con los méritos de esas decisiones, sino que ha variado bastante de acuerdo con la organización de que se trate, la movilización en los medios de comunicación y las estrategias de la sociedad civil.” Las réplicas analizan una serie de casos litigados ante la Corte, procurando demostrar cómo el acompañamiento de los casos resulta crucial para su efectividad, independientemente de si se emplean vías directas o indirectas de justiciabilidad.

⁸⁵⁸ James L. Cavallaro y Stephanie Erin Brewer, *La Función del Litigio Interamericano en la Promoción de la Justicia Social*, *cit.*, pp.86-87.

⁸⁵⁹ *Ídem*, p.88

⁸⁶⁰ *Ídem*, p.89.

Por sus alcances, la crítica de Melish pretende ser devastadora del artículo “Less as More”, pero a mi juicio no lo consigue, por las razones que Cavallaro, primero con Schaffer y luego con Brewer, exponen en sus réplicas. Estas, en efecto, dejan mejor asentadas las ideas de sus autores, particularmente en el sentido de reforzar el sentido estratégico –de litigación ante la Corte Interamericana- de sus propuestas.

Sin embargo, considero que las réplicas no acaban de despejar cierta ambigüedad que se hallaba presente en “Less as More”, ya que –como vimos algunas páginas atrás- dicho artículo no solo se refería a los aspectos estratégicos, sino que también desarrollaba algunas tesis de los propios autores que ponían en entredicho la posibilidad de hacer justiciables ante la Corte casos basados en el art. 26 de la Convención Americana. Aunque, como hemos dicho, en la réplicas se enfatiza el sentido estratégico de la propuesta, no se formula en ellas un planteamiento distinto al de “Less as More” acerca de este aspecto, reiterando, en cambio, sus principales aspectos.⁸⁶¹ En este sentido, no queda clara la consistencia de esa formulación con lo que se sostiene en la más reciente de las réplicas, cuando se señala que “[n]uestro análisis de las estrategias es enteramente coyuntural. Si el sistema interamericano fuera expandido y provisto de mayores recursos y demás apoyo estatal, estaríamos de acuerdo en todo tipo de litigio.”⁸⁶² Si los autores de las réplicas consideran que el artículo 26 de la Convención Americana posee ciertas limitaciones intrínsecas en términos de justiciabilidad, no se aprecia cómo podrían desarrollarse casos a partir del mismo aunque variara la coyuntura.

7. LAS VÍAS INDIRECTAS DE JUSTICIABILIDAD

Dadas las limitaciones históricas de los derechos económicos, sociales y culturales, la mayor parte de su desarrollo jurisprudencial ha tenido lugar por vía indirectas, esto es, mediante la invocación de otros derechos. En la mayor parte de los

⁸⁶¹ Así, se apunta en una de las réplicas: “[n]osotros sugerimos que este artículo [el art. 19 del Protocolo de San Salvador], en conjunto con los términos de la Convención Americana, lleva a la conclusión de que los Estados Americanos que elaboraron esos dos instrumentos no pretendían autorizar a la Corte para conocer de casos peticiones en que se alegara abusos de DESC a través del artículo 26.” James L. Cavallaro y Emily J. Schaffer, *Rejoinder: Justice before Justiciability: Inter.-American Litigation and Social Change*, *cit.*, p. 362 (la traducción es mía).

⁸⁶² Ídem, nota a pie número 11.

casos se trata de afectaciones a los DESC que quedan parcial o totalmente subsumidas en vulneraciones de los derechos civiles y políticos, facilitando su justiciabilidad. Esto se entiende si se asume que no existe –como antaño se planteaba- una dicotomía entre ambos tipos de derechos, sino que –como antes hemos señalado- existiría un *continuum* de derechos humanos. En otros casos, se trata de aplicar el principio de no-discriminación, que atraviesa a todos los derechos y que, por lo mismo, desempeña también un papel importante para la justiciabilidad de los DESC. Comenzaremos por esto último.

Desde hace más de 20 años el Comité de Derechos Humanos de la ONU, cuya competencia se refiere al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha venido conociendo de denuncias en que se alegaban diversas formas de discriminación en relación con derechos garantizados en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Los dos casos iniciales –y paradigmáticos- son Broeks y Zwaan de Vries.⁸⁶³ Ellos se referían a la aplicación de la legislación holandesa que discriminaba a las mujeres casadas en materia de seguridad social (se trataba específicamente de prestaciones de desempleo). Holanda alegó que los casos caían fuera de la órbita de competencia del Comité. Sin embargo, este sostuvo que si bien el PIDCP no impone la obligación de regular en materia de seguridad social, si –como en Holanda- ello ocurre, debe ajustarse al principio de no discriminación.

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 1.1 establece el deber de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos “sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.” A su vez, el artículo 24 de la Convención Americana consagra el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminar. Conforme a ella no se da la discusión que tuvo lugar ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU, ya que, al reconocerse los DESC en la misma Convención Americana a través de su artículo 26, bastará con establecer una conexión entre dicha disposición y la del art. 24.

⁸⁶³ Comité de Derechos Humanos, Comunicaciones N°s 172/84 y 182/84, respectivamente.

En una de sus primeras Opiniones Consultivas, la N°4, la Corte Interamericana, al tratar un asunto de naturalización, se refirió al art. 24, señalando que

“[a]unque las nociones no son idénticas y quizás la Corte tendrá en el futuro la oportunidad de precisar las diferencias, dicha disposición [el art. 24] reitera en cierta forma el principio establecido en el artículo 1.1. En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley.”⁸⁶⁴

Posteriormente, en una Opinión Consultiva sobre la condición jurídica de los migrantes indocumentados, la Corte Interamericana se explayó de manera más específica acerca de los alcances del principio de no discriminación, reconociéndole el status de *ius cogens* y señalando cómo se aplica en relación con el grupo vulnerable mencionado. Así, la Corte estableció sobre el primer aspecto que “el principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*”, añadiendo que “el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso comprende todas las materias y todas las personas, sin discriminación alguna.”⁸⁶⁵ La Corte agregó que “en el ejercicio de su facultad de fijar políticas

⁸⁶⁴ Corte IDH, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84, de 19 de enero de 1984, párrafo 54.

⁸⁶⁵ Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Ambas citas son del párrafo 173. Para un análisis de esta Opinión Consultiva, véase, Beth Lyon, The Inter-American Court of Human Rights Defines Unauthorized Migrant Workers Rights for the Hemisphere: a Comment on Advisory Opinión 18; en: *New York University Review of Law and Social Change*, Vol. 28, 2003-2004, pp.547-596.

migratorias, es lícito que los Estados establezcan medidas atinentes al ingreso, permanencia o salida de personas migrantes para desempeñarse como trabajadores en determinado sector de producción en su Estado, siempre que ello sea acorde con las medidas de protección de los derechos humanos de toda persona y, en particular, de los derechos humanos de los trabajadores. Con el fin de cubrir esta necesidad, los Estados pueden tomar diversas medidas, tales como el otorgamiento o denegación de permisos de trabajo generales o para ciertas labores específicas, pero deben establecerse mecanismos para asegurar que ello se haga sin discriminación alguna, atendiendo únicamente a las características de la actividad productiva y la capacidad individual de las personas.”⁸⁶⁶

En cuanto a la justiciabilidad de los DESC vía la invocación de derechos civiles y políticos, la jurisprudencia interamericana se ha venido desarrollando de manera creciente en los últimos años, proceso que ilustraremos aquí solo con algunos de los casos más significativos.

En primer término, varios casos paradigmáticos han puesto de manifiesto una interpretación extensiva del derecho a la vida por parte de los órganos interamericanos de derechos humanos.⁸⁶⁷ Históricamente, el derecho a la vida –como la mayor parte si no la totalidad de los derechos civiles y políticos- era entendido como imponiendo al Estado obligaciones de abstención, esto es, de no hacer. En este caso, de no privar arbitrariamente de la vida a una persona.

Así, en su sentencia en el caso contencioso de “Los Niños de la Calle” (Villagrán Morales y Otros con Guatemala), la Corte Interamericana sostuvo:

⁸⁶⁶ Ídem, párrafo 169.

⁸⁶⁷ Véanse, Jo M. Pasqualucci, *The Right to a Dignified Life (Vida Digna): The integration of economic and social rights with civil and political rights in the Inter-American human Rights System*; en: *Hastings International and Comparative Law Review*, N°31, Invierno 2008, pp. 1 ss.; Cecilia Medina Quiroga, *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia (vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial)*, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 2005, especialmente pág. 118 ss.

“En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él.”⁸⁶⁸

El voto concurrente conjunto de los jueces Abreu y Cançado Trindade fue más lejos, al considerar que:

“El deber del Estado de tomar medidas positivas *se acentúa* precisamente en relación con la protección de la vida de personas vulnerables e indefensas, en situación de riesgo, como son los niños en la calle. La privación arbitraria de la vida no se limita, pues, al ilícito del homicidio; se extiende igualmente a la privación del derecho de vivir con dignidad. Esta visión conceptualiza el derecho a la vida como perteneciente, al mismo tiempo, al dominio de los derechos civiles y políticos, así como al de los derechos económicos, sociales y culturales, ilustrando así la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos.”⁸⁶⁹

Añade el Voto Concurrente que “[l]as necesidades de protección de los más débiles, - como los niños en la calle, - requieren en definitiva una interpretación del derecho a la vida de modo que comprenda las condiciones mínimas de una vida digna”⁸⁷⁰ y que “el proyecto de vida es consustancial del derecho a la existencia, y requiere para su desarrollo condiciones de vida digna, de seguridad e integridad de la persona humana.”⁸⁷¹

⁸⁶⁸ Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, sentencia de 19 de noviembre de 1999, párrafo 144.

⁸⁶⁹ Ídem, Voto Concurrente Conjunto de los Jueces A.A.Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, párrafo 4.

⁸⁷⁰ Ídem, párrafo 7 del Voto Concurrente.

⁸⁷¹ Ídem, párrafo 8 del Voto Concurrente.

En su Opinión Consultiva N°17, sobre la condición jurídica y los derechos humanos de los niños, del año 2002 –que ya citáramos en este trabajo a propósito de las obligaciones positivas y negativas de los Estados-, la Corte volvió sobre el tema, observando lo siguiente:

“En cuanto a las condiciones de cuidado de los niños, el derecho a la vida que se consagra en el artículo 4 de la Convención Americana, no sólo comporta las prohibiciones que en ese precepto se establecen, sino la obligación de proveer de medidas necesarias para que la vida revista condiciones dignas. El concepto de vida digna, desarrollado por este Tribunal, se relaciona con la norma contenida en la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo artículo 23.1, relativo a los niños que presentan algún tipo de discapacidad, establece lo siguiente:

1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.”⁸⁷²

La Corte relaciona explícitamente en su Opinión Consultiva la relación entre los derechos económicos, sociales y culturales y el derecho a la vida, señalando que

“la educación y el cuidado de la salud de los niños suponen diversas medidas de protección y constituyen los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños, que en virtud de su inmadurez y vulnerabilidad se hallan a menudo desprovistos de los medios adecuados para la defensa eficaz de sus derechos.”^{873 874}

La indivisibilidad de los DESC y los derechos civiles y políticos fue profundizada por la Corte en 2004, en el fallo recaído en el caso "Instituto de

⁸⁷² Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, párrafo 80. He eliminado la referencia que se hace a la sentencia Villagrán Morales, que ya hemos revisado.

⁸⁷³ Ídem, párrafo 86.

⁸⁷⁴ Para un análisis *in extenso* de la citada Opinión Consultiva, véase, Mary Beloff, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, pp. 79-191.

Reeducación del Menor" con Paraguay. La sentencia establece una serie conexiones entre la Convención Americana y la Convención sobre los Derechos del Niño, que le sirve como guía para ilustrar e interpretar la primera. La Convención sobre los Derechos del Niño comprende derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. En su fallo, la Corte establece que

“En el análisis sobre el posible incumplimiento del Estado de sus obligaciones derivadas del artículo 19 de la Convención Americana, debe tenerse en consideración que las medidas de que habla esta disposición exceden el campo estricto de los derechos civiles y políticos. Las acciones que el Estado debe emprender, particularmente a la luz de las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, abarcan aspectos económicos, sociales y culturales que forman parte principalmente del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal de niños.”⁸⁷⁵

La Corte se refiere a varios aspectos económicos, sociales y culturales con incidencia para la protección del derecho a la vida de los niños, observando que dicha protección “requiere que el Estado se preocupe particularmente de las circunstancias de la vida que llevará mientras se mantenga privado de libertad, puesto que ese derecho no se ha extinguido ni restringido por su situación de detención o prisión”⁸⁷⁶ y que “un Estado tiene, respecto de niños privados de libertad y, por lo tanto, bajo su custodia, la obligación de, *inter alia*, proveerlos de asistencia de salud y de educación, para así asegurarse de que la detención a la que los niños están sujetos no destruirá sus proyectos de vida”⁸⁷⁷

Una segunda línea de justiciabilidad indirecta de los DESC es la que se refiere al derecho a un debido proceso. Al respecto, es importante mencionar el caso Baena, por las conexiones que establece entre dicho derecho y los derechos laborales.⁸⁷⁸ Se trataba del despido de 270 personas por los reclamos laborales que ellas habían realizado, que el Gobierno de la época en Panamá vinculaba con una asonada militar.

⁸⁷⁵ Corte IDH, Caso "Instituto de Reeducación del Menor" con Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párrafo 149.

⁸⁷⁶ Ídem, párrafo 160.

⁸⁷⁷ Ídem, párrafo 161. Revísese el análisis sobre este fallo de Mary Beloff, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, cit., pp.57-78.

⁸⁷⁸ Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Sentencia de 2 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 134.

El tribunal interamericano señala, al establecer la mencionada conexión, que

“No escapa a la Corte que los despidos, efectuados sin las garantías del artículo 8 de la Convención, tuvieron graves consecuencias socioeconómicas para las personas despedidas y sus familiares y dependientes, tales como la pérdida de ingresos y la disminución del patrón de vida. No cabe duda que, al aplicar una sanción con tan graves consecuencias, el Estado debió garantizar al trabajador un debido proceso con las garantías contempladas en la Convención Americana.”

Así mismo, resulta relevante en la sentencia de Baena el que la Corte Interamericana señalara explícitamente que las garantías de un debido proceso se extienden también a los actos administrativos, ya que estos a menudo tienen incidencia en materia de DESC (en la especie se trataba de sanciones administrativas a trabajadores, y de allí la relación).⁸⁷⁹

Otros pronunciamientos relevantes de la Corte Interamericana acerca de la conexión entre DESC y debido proceso se refieren al acceso a la justicia, a través de las Opiniones Consultivas N°s 11 y 18, que revisaremos más adelante, en el apartado 9 de este mismo capítulo, dedicado a ese tema.

Otra línea que ha sido desarrollada de manera interesante en el Sistema Interamericano es la conexión entre el derecho de propiedad y los DESC, especialmente los derechos culturales. Varios de tales casos se han referido a pueblos indígenas. Un caso paradigmático al respecto es el de Awas Tingni, en el que la Corte observó los alcances del derecho de propiedad a nivel comunitario. La Corte enfatiza el carácter progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, puesto que un derecho que en su origen estaba concebido como dirigido a proteger a los individuos, se extiende a las comunidades indígenas. En este sentido, el tribunal señaló:

“148. Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las

⁸⁷⁹ Ídem, párrafos 124 y siguientes.

normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención - que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos - , esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua.

149. Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.”⁸⁸⁰

La Corte volvió sobre estos conceptos en 2005, en el fallo recaído en el caso de una comunidad indígena en Paraguay, la de Yakhe Axa. En dicha sentencia, el tribunal señaló que

“los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de

⁸⁸⁰ Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2001. Para un análisis exhaustivo de este fallo, consúltese VV.AA. *El Caso Awas Tingni contra Nicaragua*, Instituto de Derechos Humanos Universidad de Deusto, Bilbao, 2003.

su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural.”⁸⁸¹

La Corte añade que

“Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros.”⁸⁸²

La anterior es, como se anunciara, una síntesis de los principales desarrollos jurisprudenciales interamericanos de justiciabilidad indirecta de los DESC.⁸⁸³ Se trata de un proceso en ciernes, pero que, sin embargo, cuenta ya con aportes importantes al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

8. LAS MEDIDAS URGENTES Y LOS DESC

Como viéramos en un capítulo anterior de este trabajo, tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos pueden decretar medidas urgentes (llamadas cautelares en el caso de la primera y provisionales en la segunda) para proteger los derechos de las personas en situaciones urgentes. En lo que concierne a la Corte, dicha facultad se encuentra establecida por la propia Convención Americana (art. 63.2), mientras que en el caso de la Comisión es ella misma la que –interpretando los amplios poderes que le confiere el instrumento mencionado– consagra la facultad de emitir cautelares por medio de su Reglamento (art. 25).

Cuando se compara la disposición del Pacto de San José de Costa Rica que se refiere a las medidas urgentes de la Corte con el Reglamento de la Comisión que establece las cautelares en esta última se aprecia que ambas disposiciones persiguen

⁸⁸¹ Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de junio de 2005, párrafo 146.

⁸⁸² Ídem, párrafo 147.

⁸⁸³ Véase también, Tara Melish, *Protecting Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American Human Rights System: A Manual on Presenting Claims*, cit.

evitar que se produzcan daños irreparables a las personas. La pregunta pertinente, entonces, para los efectos de nuestro análisis, es acaso tales daños pueden o no incluir las afectaciones a los derechos económicos, sociales y culturales.

Al respecto, lo primero que cabe tener en consideración es que, a diferencia de lo que sucede en las decisiones acerca de casos por la Corte y la Comisión – en que dichos órganos atribuyen responsabilidades a los Estados basados en derechos específicos consagrados en los instrumentos interamericanos-, en las resoluciones sobre medidas urgentes no siempre se realiza un señalamiento específico de el o los derechos en juego. En efecto, en las decisiones sobre cautelares y provisionales, lo que se indica al Estado respectivo es la necesidad de que adopte determinadas medidas, sin que necesariamente se haga una referencia explícita a uno o más derechos específicos. Esto último a veces ocurre y a veces no. No obstante, incluso cuando no se indica el o los derechos potencialmente afectados, lo cierto es que a menudo ello resulta a todas luces evidente –como cuando existen graves amenazas de muerte a una persona y la Comisión o la Corte disponen que el Estado adopte medidas para proteger su vida-, pero en otras oportunidades ello no es tan claro, especialmente ante circunstancias en que podría sostenerse que nos hallamos frente a una situación en que podrían ser varios los derechos potencialmente afectados. Esto podría incluir no sólo diversos derechos civiles y políticos sino también una combinación de tales derechos y de DESC.

En el caso de la Corte Interamericana, de una fase inicial en que se empleaba una interpretación restrictiva de las medidas provisionales se pasó a otra en la que el tribunal comenzó a utilizarlas para supuestos distintos a las de la afectación de la vida o la integridad física.⁸⁸⁴ Esto lo había anticipado el entonces Presidente de la Corte, juez Antonio Cançado Trindade, al señalar que “[e]l carácter excepcional de las medidas provisionales no significa que éstas deban ser restrictivamente interpretadas: son dictadas en función de las necesidades de protección, siempre y cuando se reúnan los

⁸⁸⁴ Cfr., en este sentido, Juan E. Méndez y Ariel Dulitzky, *Medidas Cautelares y Provisionales*; en: Christian Courtis, Denise Hauser y Gabriela Rodríguez, *Protección Internacional de Derechos Humanos: Nuevos Desafíos*, cit , pp. 67-93, especialmente pp. 72-73.

requisitos básicos de la extrema gravedad y urgencia y la prevención de daños irreparables a las personas.”⁸⁸⁵

Así, en los últimos diez años la Corte Interamericana ha otorgado medidas provisionales en una serie de situaciones que van más allá de su práctica previa. Desde luego, ello ha resultado claro en materia de derechos civiles y políticos, especialmente en lo referido a la libertad de expresión, como ya viéramos al referirnos a las medidas urgentes en este trabajo.

En el caso de Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana, la Corte Interamericana abordó una serie de otros derechos, señalando que “los antecedentes presentados por la Comisión en su solicitud demuestran *prima facie* una situación de extrema gravedad y urgencia en cuanto a los derechos a la vida, integridad personal, protección especial a los niños en la familia y derecho de circulación y residencia de las personas.”⁸⁸⁶ En la parte resolutive de su decisión, además de ordenar medidas para garantizar la vida e integridad personal de una serie de personas, la Corte dispuso a favor de dos personas requerir al Estado que se abstuviera de expulsarlas o deportarlas, respecto de otras dos que permitiera su retorno inmediato a territorio dominicano, respecto de otras que permitiera a la brevedad la reunificación familiar, entre otras medidas. Posteriormente, el derecho de libre circulación ha sido objeto de medidas provisionales en otros casos, especialmente algunos que afectaban a miembros de comunidades indígenas, como los Kankuamo (Colombia)⁸⁸⁷ y los Sarayaku (Ecuador).⁸⁸⁸

Otras medidas provisionales - las adoptadas en el marco del Caso Awas Tingni- fueron más allá, al referirse al derecho de propiedad con los alcances comunitarios y

⁸⁸⁵ Corte IDH, Serie E: Medidas Provisionales, Compendio 2000-2001 N°3, Prólogo del Presidente de la Corte, Antonio Cançado Trindade.

⁸⁸⁶ Corte IDH, Medidas Provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República Dominicana, Caso de Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana, Resolución de 18 de agosto de 2000.

⁸⁸⁷ Corte IDH, Medidas Provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República de Colombia, Caso Pueblo Indígena Kankuamo, Resolución de 5 de julio de 2004.

⁸⁸⁸ Corte IDH, Medidas Provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República de Ecuador, Caso Pueblo Indígena de Sarayaku, Resolución de 6 de julio de 2004.

culturales a que nos refiriéramos al revisar dicha sentencia en el apartado anterior de este capítulo. Al respecto, la Corte decidió “[r]equerir al Estado que adopte, sin dilación, cuantas medidas sean necesarias para proteger el uso y disfrute de la propiedad de las tierras pertenecientes a la Comunidad Mayagna Awas Tingni y de los recursos naturales existentes en ellas, específicamente aquéllas tendientes a evitar daños inmediatos e irreparables resultantes de las actividades de terceros que se han asentado en el territorio de la Comunidad o que exploten los recursos naturales existentes en el mismo, hasta tanto no se produzca la delimitación, demarcación y titulación definitivas ordenadas por la Corte”,⁸⁸⁹ así como “sobre las medidas adoptadas para la implementación del “acuerdo de reconocimiento provisional de los derechos de uso, ocupación y aprovechamiento de la Comunidad” tan pronto éstas sean implementadas.”⁸⁹⁰ Al considerarse el derecho de propiedad en un sentido amplio por el tribunal –vinculándolo a los DESC- en realidad se otorgaron medidas provisionales que fueron más allá del sentido tradicional de derecho civil de tal derecho.

Por lo que se refiere a la Comisión, además de haber solicitado casi la totalidad de las medidas provisionales mencionadas (ya que sólo desde la reforma al Reglamento de la Corte Interamericana de 2001 los representantes de las víctimas pueden también pedir las, y ello sólo cuando se encuentre un caso incoado ante dicho tribunal), ha adoptado una serie de medidas cautelares que han ido más allá de la protección de la vida y la integridad personal.

En el Caso de las niñas Yean y Violeta Bosico, la CIDH otorgó medidas cautelares en relación con el derecho a la educación. Según se señala en el Informe Anual en que se sintetiza dicha medida, “[l]a Comisión requirió al Estado la adopción de las medidas necesarias, a fin de evitar de que fueran expulsadas del territorio de la República Dominicana y que Violeta Bosica (sic) no fuera privada del derecho de asistir a clases y de recibir la educación que se brinda a los demás niños de nacionalidad dominicana.”⁸⁹¹

⁸⁸⁹ Corte IDH, Medidas Provisionales solicitadas por los representantes de las víctimas respecto de la República de Nicaragua, Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, Resolución de 6 de septiembre de 2002, punto resolutivo 1.

⁸⁹⁰ Ídem, punto resolutivo 4.

⁸⁹¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 1999.

En otro caso, referido a Estados Unidos, la Comisión dispuso que se suspendiera hasta que ella resolviera el fondo del asunto la decisión de las autoridades estatales de incautar la totalidad del ganado de un pueblo indígena y sus demás bienes, considerando que ello ponía en peligro la supervivencia económica de dicho pueblo.⁸⁹²

Pero las decisiones sobre medidas cautelares de la Comisión de más amplio impacto han sido las referidas a personas que viven con VIH/Sida. En efecto, durante la primera mitad de la presente década, la CIDH adoptó una serie de sucesivas medidas en la materia, referidas a diversos países, concernientes a la necesidad urgente de que se les proporcionara un tratamiento médico adecuado. Las medidas se refieren tanto al derecho a la vida como al derecho a la salud. En un trabajo dedicado específicamente a la cuestión de las medidas cautelares y provisionales en materia de DESC, Julieta Cano sistematiza las cautelares sobre VIH/Sida en el período 2000-2005, dando cuenta de 10 medidas relativas a más de 100 personas, respecto de El Salvador, Chile, Bolivia, Colombia, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Perú y República Dominicana (en orden cronológico de la emisión de las medidas).⁸⁹³ Todos los Estados salvo uno implementaron las medidas dispuestas por la Comisión. Posteriormente, y en un contexto de creciente atención del problema por los Estados de la región – a menudo con el apoyo de ONUSIDA, la entidad de Naciones Unidas dedicada al tema-, las solicitudes de cautelares al respecto cesaron.

El otro ámbito en que se han otorgado varias medidas cautelares referidas al derecho a la salud ha sido el de las personas privadas de libertad. Ello ha ocurrido a propósito de una serie de establecimientos carcelarios,⁸⁹⁴ así como en relación con un

⁸⁹² Esta decisión fue adoptada por la Comisión en 1993, según se da cuenta en el Informe de Fondo del caso; la resolución sobre la medida cautelar no fue publicada, ya que por aquella época la CIDH aún no adoptaba la práctica de hacerlo. Véase, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N°75/02, Caso 11.140, Fondo, Mary y Carrie Dann, Estados Unidos, 27 de diciembre de 2002, especialmente párrafos 14 ss. Véase, Brian D. Tittmore, *The Dann Litigation and International Human Rights Law: the Proceedings and Decision of the Inter-American Commission on Human Rights*, *American Indian Law Review* Vol.31, 2006-2007, pp.593ss.

⁸⁹³ Julieta Cano, *The Protection of ESCR in the Inter-American System through the use of precautionary and provisional measures*; en: *Revista IIDH* N°45, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, pp. 59-86; pág.82, anexo 1.

⁸⁹⁴ Ídem, pág.83, anexo 2.

Hospital Neuropsiquiátrico (en el que se hallan personas con discapacidad mental).⁸⁹⁵ Se trata, claro está, de situaciones en las que, por tratarse de personas que se hallan bajo su cuidado directo, el Estado posee una responsabilidad especial. Por lo mismo, en tales situaciones es difícil distinguir la garantía del derecho a la salud de la garantía de la integridad personal, aunque en una serie de ocasiones, las medidas han hecho referencia a ambos derechos.

En este recuento no exhaustivo, cabe señalar, por último, que la Comisión ha adoptado medidas cautelares en una serie de situaciones urgentes relativas a migrantes. Al respecto, además de la situación ya señalada de República Dominicana (en que se llegó hasta la Corte), la CIDH ha dictado, por ejemplo, cautelares referidas a Canadá y EE.UU., países que por no haber ratificado la Convención Americana ni reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte no pueden ser llevados ante esta, por lo que no puede solicitarse a su respecto medidas provisionales.^{896 897}

9. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES Y EL ACCESO A LA JUSTICIA

Aunque tradicionalmente se ha asociado de manera preferente el acceso a la justicia con los derechos civiles y políticos, en los últimos años se le ha venido prestando creciente atención en el Sistema Interamericano a la vinculación entre dicho acceso y los derechos económicos, sociales y culturales. Esto ha tenido lugar especialmente a través de la publicación de una serie de estudios temáticos de la

⁸⁹⁵ Esta Resolución fue adoptada por la Comisión el 17 de diciembre de 2003 y concernía al Hospital Neuropsiquiátrico de Asunción (Paraguay); tomado de Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 2003. La Comisión ha continuado dando seguimiento a esta situación y así en septiembre de 2008 su Relator sobre Derechos de las Personas Privadas de Libertad efectuó una visita a ese Centro.

⁸⁹⁶ Cfr., Helena Olea, Los derechos humanos de las personas migrantes: respuestas del Sistema Interamericano; en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los derechos de las poblaciones migrantes, las mujeres, los pueblos indígenas y los niños, niñas y adolescentes*, San José, 2004, pp. 11-90, especialmente pp.66 ss.

⁸⁹⁷ Sobre las medidas urgentes y los DESC en el Sistema Interamericano, consúltense además, Héctor Faúndez Ledesma, Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano; en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso, DESC, libertad personal y libertad de expresión*, cit., especialmente pp.138 ss.; así como, Tara Melish, *Rethinking the Less as More Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas*, cit., especialmente pp.283 ss.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Entre ellos se cuentan uno dedicado de manera particular al tema, titulado “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales”,⁸⁹⁸ otro sobre acceso a la justicia e inclusión social⁸⁹⁹, así como otros dos que tienen en parte una dimensión social, referidos a la situación de dicho acceso para las mujeres víctimas de violencia⁹⁰⁰ y a las condiciones de los defensores y defensoras de derechos humanos.⁹⁰¹ A ello se añade un conjunto de casos contenciosos decididos por la Corte Interamericana y dos Opiniones Consultivas del mismo órgano sobre el tema. De allí que resulte conveniente darle un tratamiento especial a la relación entre los DESC y el acceso a la justicia en el Sistema Interamericano por medio de este apartado.

Remontándonos a los antecedentes históricos del acceso a la justicia, el surgimiento de la concepción de un Estado de Derecho tuvo como uno de sus énfasis el sistema judicial. Ello en términos de establecer su independencia respecto de los demás poderes del Estado, de eliminar los tribunales privilegiados para ciertos sectores de la población y de consagrar ciertas garantías básicas de un debido proceso, incluido el derecho a una representación legal adecuada.

Sin embargo, en lo que se refiere a este último aspecto – que nos concierne especialmente a propósito del acceso a la justicia-, el asunto quedó planteado básicamente en términos de eliminación de algunos obstáculos o barreras legales, pero sin que se adoptaran medidas positivas tendientes a asegurar a los distintos sectores el acceso a la justicia de manera efectiva. En este sentido, lo que sucedió con el derecho de acceso a la justicia fue algo similar a lo ocurrido respecto de otros derechos civiles y políticos, que fueron consagrados por numerosas constituciones iberoamericanas pero asumiéndose que el papel del Estado en relación con ellos era uno de abstención o no intervención. Por otra parte, históricamente ha predominado una visión del acceso a la justicia en términos benéficos más que como un derecho propiamente tal.

⁸⁹⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales: estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 7 de septiembre de 2007.

⁸⁹⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a la justicia e Inclusión Social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia, 28 de junio de 2007.

⁹⁰⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a la justicia para las Mujeres víctimas de violencia en las Américas, 20 de enero de 2007.

⁹⁰¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la Situación de los Defensores y Defensoras de los Derechos Humanos en las Américas*, 7 de marzo de 2006.

Recién en el siglo XX comienza a desarrollarse de manera más específica el acceso a la justicia como un derecho. Esto ha ido de la mano con el desarrollo a nivel de la jurisprudencia de los órganos internacionales de derechos humanos – que antes hemos explicado- en el sentido de que el papel del Estado en la protección de tales derechos no se limita a uno pasivo o de abstención, sino que implica importantes requerimientos positivos o de acciones a ser tomadas.⁹⁰²

La ola de reformas judiciales que ha tenido lugar en América Latina en las dos últimas décadas ha hecho replantearse la cuestión del acceso a la justicia, aunque, en estricto rigor, el mismo no ha ocupado un lugar central en las iniciativas de reforma. De todos modos, el acceso a la justicia ha cobrado una mayor visibilidad, aunque esta todavía resulte insuficiente y lo sean asimismo las acciones concretas tendientes a dotarlo de eficacia.

En la mencionada región, las reformas judiciales han procurado romper con la tradición formalista, que, sobre la base de un mal entendido apego de los tribunales a la ley en un Estado de Derecho, en realidad limitaba seriamente sus funciones y poderes. Esto llevó históricamente a que el Poder Judicial no ejerciera un control significativo de los otros Poderes del Estado, así como a volver escasamente operativas las garantías de derechos recogidas en las constituciones. Ello condujo a que en muchos países el Poder Judicial representara el menos moderno y más anticuado de los Poderes Públicos, lo que se reflejaba tanto en aspectos organizacionales y procesales como en la propia mentalidad de los jueces. Se trataba además del Poder Público más volcado hacia sí mismo, lo que condujo al desarrollo del corporativismo entre los jueces.⁹⁰³

La ideología recién descrita y sus prácticas correlativas pretendían basarse en dos pivotes: el principio de separación de poderes, que, supuestamente, impedía el control de unos poderes respecto de otros por entenderlo como una forma de

⁹⁰² En este sentido, como señaláramos, la sentencia germinal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Velásquez Rodríguez. Véase, Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, especialmente párrafos 164 y siguientes.

⁹⁰³ Véase Carlos Peña, *Hacia una caracterización del ethos legal: de nuevo sobre la cultura jurídica*; en: VV.AA., *Evolución de la Cultura Jurídica Chilena*, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago, 1994.

intervención;⁹⁰⁴ y la interpretación literal de la ley, que pretendidamente convertía a los jueces en meros aplicadores de normas, sin margen de acción para resolver los conflictos que se les presentasen. Ambas concepciones se originaron en Europa, pero fueron dejadas de lado en dicho Continente a partir de principios del siglo XX. La evolución en América Latina, en cambio, ha sido mucho más tardía y todavía se halla en curso.

Los elementos anteriores también han tenido un impacto en lo que concierne al acceso a la justicia. Dado que conforme a la visión clásica el juez era solo quien pronunciaba las palabras de la ley, el papel desempeñado por las partes en los juicios no era visto como ocupando un lugar importante. En materia penal esto resultaba especialmente drástico – y de consecuencias más graves, por el alcance de los derechos involucrados- bajo el sistema inquisitivo, ya que el juez era el encargado de buscar la verdad de lo acontecido y las partes jugaban un papel secundario y accesorio.

Si a lo anterior se suma el que bajo la visión clásica el Estado asumía el principio de igualdad ante la ley de manera meramente formal, sin confrontar sus dimensiones prácticas ni asumiendo como una obligación la de proporcionar medios básicos a la población, esto implicaba que en el ámbito del acceso a la justicia las personas que carecían de recursos para contratar a un abogado –la mayoría en Iberoamérica - simplemente quedaban desprovistos de uno, con el consiguiente impacto negativo para una serie de otros derechos.⁹⁰⁵

⁹⁰⁴ Cfr., Felipe González Morales, Jorge Mera Figueroa y Juan Enrique Vargas Viancos, *Protección Democrática de la Seguridad Interior*, Programa de Derechos Humanos Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Santiago, 1991, especialmente pp. 27 ss.

⁹⁰⁵ Las iniciativas de reforma judicial en Iberoamérica han tenido causas muy diversas, que se han mezclado entre sí. Esto explica por qué hasta ahora el tema del acceso a la justicia no ha ocupado un lugar central en tales reformas, sin perjuicio de que se haya visto fortalecido en alguna medida. En efecto, en el desarrollo de las reformas judiciales han incidido elementos tan diversos como los que se señalan a continuación, sin pretender una escala de importancia. En primer término, la crisis de la democracia y del Estado de Derecho en muchos países de la región y las gravísimas violaciones a los derechos humanos que tuvieron lugar de manera masiva y sistemática en las décadas de los setenta y ochenta ante la pasividad de muchos sistemas judiciales, ha conducido a un replanteamiento del rol de estos. En segundo lugar, han incidido las transformaciones en la dirección de establecer Economías de Mercado en muchos países de la región, las que implican que una gran cantidad de asuntos que antes se resolvían en sede política ahora lo sean en el ámbito judicial y que además ha conducido a una mayor demanda tanto a nivel interno como a nivel internacional (debido a la inversión extranjera) por la existencia de sistemas judiciales independientes, modernos y dotados de mayor eficiencia. En tercer término, el incremento en la violencia y la percepción ciudadana de un aumento de la delictuosidad también han influido. A ello cabría añadir, en un listado no exhaustivo, el aumento en los niveles de corrupción, lo cual hace necesario sistemas judiciales más fuertes para combatirla. Como se aprecia, se trata de causas de distinta naturaleza,

Uno de los ámbitos que ha desarrollado en mayor medida los alcances del acceso a la justicia es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En el Sistema Europeo de Derechos Humanos, relevante para los países de la Península Ibérica, un caso pionero al respecto fue el de Airey, en el cual se estableció la obligación del Estado de proveer de representación legal a una persona que no disponía de recursos para contratar un abogado para un caso de divorcio; si bien la legislación irlandesa –país al que se refería el caso- no exigía la concurrencia de abogados para los divorcios, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que la complejidad del proceso le impedía a la Sra. Airey hacer efectivo sus derechos en el caso concreto.⁹⁰⁶

Más recientemente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha continuado desarrollando estos estándares, señalando que el Convenio Europeo “garantiza la disponibilidad en el nivel nacional de un recurso para exigir la sustancia de los derechos y libertades de la Convención cualquiera sea la forma en que estos pudieran ser asegurados en el nivel doméstico. El efecto del artículo 13 es entonces el de requerir la provisión de un recurso doméstico para atender las demandas sustanciales que pudieran iniciarse bajo la Convención y garantizarles un remedio apropiado, sin embargo, los estados partes tienen alguna discreción acerca de la manera en que cumplirán con esta cláusula. El alcance de la obligación impuesta por el artículo 13 varía dependiendo de la naturaleza de las peticiones de las víctimas. Sin embargo, el remedio requerido por el artículo 13 debe ser “efectivo” en la práctica tanto como en la norma, in particular en el sentido que su ejercicio no debe ser impedido injustificablemente por actos u omisiones de las autoridades estatales.”⁹⁰⁷

En el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos el acceso a la justicia ha sido abordado a propósito de una serie de aspectos, generales y específicos,

no siempre confluyentes. En apariencia podría concluirse –como no pocos hacen- que solo desde la perspectiva del segundo de los elementos recién señalados (el del Estado de Derecho y la protección de los derechos humanos) debería haber un espacio central para el acceso a la justicia dentro de las reformas judiciales. Si bien es perfectamente posible explicar cómo desde el punto de vista de los otros factores anotados el acceso a la justicia también debería desempeñar un rol central, como, por ejemplo, en la lucha contra la corrupción y en la investigación de delitos, esta a menudo no ha sido la visión predominante, lo que ha conducido a su postergación en la agenda.

⁹⁰⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Airey v. Irlanda, Sentencia de 9 de octubre de 1979.

⁹⁰⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Mahmut Kaya v. Turquía, sentencia de 28 de marzo de 2000. Sobre esta materia, consúltese también Aksoy v. Turquía, sentencia del 18 de diciembre de 1996 y Aydin v. Turquía, sentencia del 25 de septiembre de 1997.

tanto por la Corte como por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, poniendo énfasis en su lugar principal.⁹⁰⁸ Un antecedente paradigmático lo constituye la Opinión Consultiva N°11, emitida por la Corte sobre las excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos.⁹⁰⁹ Como se sabe, el Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos opera sobre la base de que son los Estados quienes se encuentran en la mejor posición para prevenir y confrontar las violaciones a tales derechos y que los órganos internacionales solo deben intervenir subsidiariamente. De allí la regla de agotamiento de los recursos internos, conforme a la cual normalmente antes de presentarse un caso a nivel internacional el mismo debe ser conocido por los órganos internos del respectivo país.

En la Opinión Consultiva mencionada, la Corte Interamericana estableció una interesante conexión entre la regla del agotamiento de los recursos internos y el acceso a la justicia. Conforme al Derecho Internacional, la regla referida admite una serie de excepciones y por vía interpretativa la Corte concluyó que cuando un Estado no garantiza el acceso a la justicia en un caso específico, la persona afectada puede ir directamente ante el organismo internacional, sin haber tenido que pasar previamente por el agotamiento de las etapas internas. De esta manera, si una persona carece de recursos suficientes para contratar a un(a) abogado(a) y el Estado no se lo proporciona, desaparece la exigencia de que se agoten los recursos internos.

También en la OC-11, la Corte Interamericana se refirió a la relevancia de los costos del proceso, señalando al respecto que “no es la ausencia de asistencia legal lo único que puede impedir que un indigente agote los recursos internos. Puede suceder, incluso, que el Estado provea asistencia legal gratuita, pero no los costos que sean necesarios para que el proceso sea el debido que ordena el artículo 8. En estos casos también la excepción es aplicable. Aquí, de nuevo, hay que tener presentes las circunstancias de cada caso y de cada sistema legal particular”⁹¹⁰, añadiendo que “si los

⁹⁰⁸ Para un estudio general en la materia en el Sistema Interamericano, consúltese, Paola Andrea Acosta Alvarado, *El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana*, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Colección Temas de Derecho Público N°77, Bogotá, 2007.

⁹⁰⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva N°11, OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, “Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2. a y 46.2.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

⁹¹⁰ Ídem, párrafo 29.

servicios jurídicos son necesarios por razones legales o de hecho para que un derecho garantizado por la Convención sea reconocido y alguien no puede obtenerlos por razón de su indigencia, estaría exento del requisito del previo agotamiento. Lo mismo es válido si nos referimos a los casos en los cuales hay que pagar alguna suma para realizar los trámites, es decir que, si para un indigente es imposible depositar tal pago, no tendrá que agotar tal procedimiento, a menos que el Estado provea mecanismos distintos...”⁹¹¹

En la Opinión Consultiva N°18, a la que antes nos referimos a propósito de otro asunto, la Corte Interamericana se refirió a otro aspecto del tema, el concerniente a la obligación del Estado de garantizar servicios jurídicos gratuitos a las personas sin recursos cuando ello sea indispensable para garantizar un acceso efectivo e igualitario a la justicia. Así, en la OC18/03 sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, la Corte señaló que la vulneración del derecho a las garantías y a la protección judicial puede producirse por varias razones, entre las que se cuenta “la negativa *de la prestación de un servicio público gratuito* de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio. Al respecto, el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no solo formal sino real.”⁹¹²

En su jurisprudencia contenciosa, la Corte Interamericana se ha extendido acerca de los alcances del acceso a la justicia a propósito de diversas situaciones y colectivos, tales como mujeres, niños y niñas y trabajadores, entre otros. Así, ha señalado que “[e]n relación con este caso, el tribunal estima que, para satisfacer el derecho de acceso a un recurso efectivo, no es suficiente con que en los procesos de amparo se emitieran decisiones definitivas, en las cuales se ordenó la protección a los derechos de los demandantes. Además, es preciso que existan mecanismos eficaces para ejecutar las decisiones o sentencias, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados. como ha quedado establecido (*supra* párr. 167), uno de los efectos de la cosa juzgada es su obligatoriedad. la ejecución de las sentencias debe ser considerada como parte integrante del derecho de acceso al recurso, que abarque también el

⁹¹¹ Ídem, párrafo 30.

⁹¹² Corte IDH, Opinión Consultiva N°18, OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, párrafo 126.

cumplimiento pleno de la decisión respectiva. lo contrario supone la negación misma de este derecho.”⁹¹³

La Corte ha añadido que “en cuanto a la violación del artículo 1.1, en concordancia con el artículo 25 de la convención americana, este tribunal ha señalado en diversas ocasiones que toda persona tiene el derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, “lo cual constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la convención americana, sino del propio estado de derecho en una sociedad democrática en el sentido de la convención”.⁹¹⁴ La Corte hace referencia también a su jurisprudencia en la misma dirección en otros casos.⁹¹⁵

La necesidad de que el acceso a la justicia tenga un carácter real ha sido enfatizada por la Corte en su jurisprudencia contenciosa en los siguientes términos: “la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla”⁹¹⁶.

En el Caso Cantos, la Corte se pronunció también sobre esta materia, señalando que “los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las

⁹¹³ Corte IDH, Caso Acevedo Jaramillo y Otros, sentencia de 7 de febrero de 2006, párrafo 220.

⁹¹⁴ Ídem, párrafo 234.

⁹¹⁵ Caso Cesti Hurtado. Sentencia de 29 de septiembre de 1999, párr. 121; Caso Castillo Petruzzi y otros, Sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 184; Caso Paniagua Morales y otros, Sentencia de 8 de marzo de 1998, párr. 164; Caso Blake, Sentencia de 24 de enero de 1998, párr. 102; Caso Suárez Rosero, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 65 y Caso Castillo Páez, Sentencia de 3 de noviembre de 1997, párr. 82.

⁹¹⁶ Caso Acevedo Jaramillo, cit., párrafo 235. Los antecedentes que menciona la Corte son: Caso Cesti Hurtado, cit., párr. 125; Caso Castillo Petruzzi y otros, párr. 185 y Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts.27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, párr. 24.

razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención...”⁹¹⁷ Se trataba de un caso en el cual la Corte debía decidir, entre otros aspectos, si el monto que los tribunales argentinos le exigían al peticionario en carácter de tasa de justicia, al habersele negado el acceso a un beneficio de litigar sin gastos, era o no compatible con los derechos reconocidos en los artículos 8 y 25 de la CADH. La Corte señaló al respecto:

“...la suma fijada por concepto de tasa de justicia y la correspondiente multa constituyen, a criterio de este Tribunal, una obstrucción al acceso a la justicia, pues no aparecen como razonables, aún cuando la mencionada tasa de justicia sea, en términos aritméticos, proporcional al monto de la demanda. Esta Corte considera que si bien el derecho al acceso a la justicia no es absoluto y, consecuentemente, puede estar sujeto a algunas limitaciones discrecionales por parte del Estado, lo cierto es que éstas deben guardar correspondencia entre el medio empleado y el fin perseguido y, en definitiva, no pueden suponer la negación misma de dicho derecho (...) Este Tribunal estima que para satisfacer el derecho de acceso a la justicia no basta que en el respectivo proceso se produzca una decisión judicial definitiva. También se requiere que quienes participan en el proceso puedan hacerlo sin el temor de verse obligados a pagar sumas desproporcionadas o excesivas a causa de haber recurrido a los tribunales. Esta última situación se agrava en la medida en que para forzar el pago procedan las autoridades a embargar los bienes del deudor o a quitarle la posibilidad de ejercer el comercio...”⁹¹⁸

La Corte determinó, según se aprecia, que el monto por cobrar como tasa de justicia impedía un adecuado acceso a la justicia del señor Cantos, por lo que consideró vulnerados los artículos 8 y 25 de la Convención Americana.

Como señalara al comienzo de este apartado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha estudiado los estándares en materia de acceso a la justicia en

⁹¹⁷ Corte IDH, Caso Cantos, sentencia del 28 de noviembre de 2002, párrafo 50.

⁹¹⁸ Ídem, párrafos. 54, 55.

varios Informes. Uno de ellos se refiere precisamente a su relación con los derechos económicos, sociales y culturales. Dicho informe revisa cuatro grandes aspectos: el derecho de acceder a la justicia y la obligación de remover obstáculos económicos para garantizar los derechos sociales; el debido proceso administrativo y la garantía de tales derechos; el debido proceso legal en los procedimientos judiciales sobre derechos sociales; y el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva en materia de dichos derechos.

Entre diversos temas específicos a propósito de los cuatro aspectos recién anotados, el Informe se refiere a la obligación de proporcionar asistencia jurídica gratuita para el litigio en materia de DESC, la cuestión de los costos del proceso y de la localización de los tribunales, el principio de igualdad de armas y sus alcances en materia de procesos sobre derechos sociales, la revisión judicial de decisiones administrativas, el derecho a contar con una resolución fundada, la obligación de proporcionar recursos sencillos y rápidos, la tutela cautelar, y la ejecución de sentencias, entre otros.

El referido Informe observa la necesidad de que los Estados,

“brinden mecanismos judiciales idóneos y efectivos para la protección de los derechos sociales, tanto en su dimensión individual como colectiva. (...) Es frecuente que estas acciones judiciales no funcionen de manera adecuada para tutelar derechos sociales. En ocasiones, ello sucede por la limitación en la posibilidad de accionar de grupos o colectivos de víctimas afectadas por las violaciones, o por las demoras burocráticas en los procedimientos judiciales que les hacen perder efectividad.(...) El SIDH [Sistema Interamericano de Derechos Humanos] ha verificado que en ciertos casos hay fuertes obstáculos y restricciones para la ejecución de sentencias firmes contra los Estados, en especial respecto de sentencias que reconocen derechos de seguridad social. La tendencia al uso de legislación de emergencia en esta materia limita la posibilidad de ejecutar obligaciones patrimoniales a los Estados, y suele otorgar privilegios exorbitantes para la

administración frente a los titulares de derechos ya reconocidos en la vía judicial.”⁹¹⁹

Por otra parte, en el Informe sobre Acceso a la Justicia e Inclusión Social en Bolivia, la CIDH efectuó un estudio práctico acerca de los alcances de tal derecho y los obstáculos para su ejercicio en un contexto específico. Así, primeramente el Informe presenta un cuadro general sobre la situación social boliviana, incluyendo aspectos salariales y los conflictos sociales por el agua y el gas.

En seguida, el Informe se refiere a diversos aspectos del sistema de administración de justicia y su impacto en el disfrute de derechos, en especial de los sociales, para posteriormente revisar, entre otros temas, la situación de tales derechos por una serie de grupos en situación de vulnerabilidad, tales como personas privadas de libertad, pueblos indígenas, comunidades campesinas, mujeres, niños y niñas y solicitantes de refugio.

Otra iniciativa de la Comisión al respecto la constituyó el Informe sobre “Acceso a la Justicia para las Mujeres de Violencia en las Américas”, publicado en 2007. En dicho Informe, la Comisión Interamericana recalca que “un acceso adecuado a la justicia no se circunscribe sólo a la existencia formal de recursos judiciales, sino también a que estos sean idóneos para investigar, sancionar y reparar las violaciones denunciadas.”⁹²⁰

Además, en el documento en análisis, la Comisión constata que “[l]a Convención de Belém do Pará reconoce el vínculo crítico que existe entre el acceso de las mujeres a una adecuada protección judicial al denunciar hechos de violencia, y la eliminación del problema de la violencia y la discriminación que la perpetúa. El artículo 7 de la Convención de Belém do Pará establece las obligaciones inmediatas del Estado en casos de violencia contra las mujeres, que incluyen procedimientos, mecanismos judiciales y legislación para evitar la impunidad:

⁹¹⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, *cit.*, pág.5.

⁹²⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a la Justicia de las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, *cit.*, párrafo 5.

- En la esfera de la administración de la justicia, establece explícitamente que los Estados deben “establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos” y “establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces (...).”⁹²¹

En el Informe en comento, la Comisión puso énfasis en el habitual fracaso de los procesos judiciales por violencia contra las mujeres debido a los costos de tales procesos. En este sentido, la investigación que la CIDH llevara adelante para la confección del informe, le permitió concluir que la falta de recursos económicos para la producción de la prueba, obstaculiza en muchos casos, el desarrollo de los procesos judiciales en materia de violencia contra las mujeres.

La Comisión también resalta en su Informe la dimensión cultural de la falta de acceso a la justicia para determinados colectivos de mujeres. En este sentido, se refirió en especial a la situación al respecto de las mujeres afrodescendientes y las que forman parte de pueblos indígenas. En relación con el primer grupo, la CIDH anotó:

“Las mujeres afrodescendientes ubicadas en zonas rurales marginadas, cohesionadas en grupos sociales pequeños, que aún mantienen sus idiomas, tradiciones y costumbres, y en ocasiones sus propios sistemas de justicia, deberán enfrentar problemas de accesibilidad geográfica, de falta de comunicación con los operadores judiciales en sus propios idiomas, de manejo del contexto, así como de falta de recursos económicos, similares a los que deben enfrentar las mujeres indígenas y que en ocasiones, pueden configurar una doble discriminación, por ser mujer y por ser afrodescendientes (...). Esta situación no dista, de la que deben sufrir las mujeres afrodescendientes ubicadas en zonas urbanas, donde las dificultades para acceder a remedios judiciales efectivos, están asociados con su situación de

⁹²¹ Ídem, párrafo 33.

marginalidad económica y con el color de la piel. Consecuentemente en aquellos espacios, donde el factor económico y de marginación social ha sido superado, las dificultades generalmente están relacionadas con el color de piel...”⁹²²

En una línea análoga, la Comisión subrayó la situación de las mujeres indígenas en materia de acceso a la justicia:

“La CIDH ha recibido de varias fuentes y mediante la implementación de los mecanismos del sistema interamericano, información sobre los obstáculos que enfrentan las mujeres indígenas para acceder a la justicia, generalmente relacionados con la exclusión social y discriminación étnica que han sufrido históricamente. A lo anterior, se une la dificultad que enfrentan las mujeres indígenas por la inaccesibilidad geográfica de los territorios indígenas. Para acceder a la justicia deben realizar largas caminatas de varios días inclusive, por tierra o por agua, para llegar a la ciudad más cercana a denunciar los hechos de violencia sufridos, lo que genera además dificultades de índole probatoria. La Comisión ha sido informada que los problemas de acceso a la justicia no terminan con la llegada a la ciudad, porque ahí enfrentan otros problemas; de tipo económico, de falta de información, de ubicación en contextos urbanos y de manera muy habitual denuncian que el desconocimiento del idioma utilizado en los tribunales de justicia impide acceder a ella...”⁹²³

La importancia del acceso a la justicia en materia de DESC resulta evidente y de allí su creciente atención por parte del Sistema Interamericano. Varios de los debates visitados en apartados anteriores de este capítulo en relación con la justiciabilidad de tales derechos se vuelven inconducentes si no existe un adecuado acceso a la justicia. Asimismo, por su carácter transversal, dicho acceso refuerza la indivisibilidad de los derechos humanos.

⁹²² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a la justicia: la situación de las mujeres víctimas de violencia, *cit.*, párrafos 213 y 214. Véase también, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia”, 18 de octubre 2006, en especial Capítulos IV y V.

⁹²³ Cfr. “Acceso a la justicia: la situación de las mujeres víctimas de violencia”, *cit.*, Párr. 199.

10. ELABORACIÓN DE INDICADORES DE PROGRESO EN MATERIA DE DESC EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

En el año 2008, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobó un conjunto de Lineamientos para la Elaboración de Indicadores de Progreso en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “Lineamientos”).⁹²⁴ Dicho estudio le fue solicitado por la Asamblea General de la OEA, con miras a facilitar la puesta en marcha del sistema de informes de países que contempla el Protocolo de San Salvador, sistema al cual hemos hecho mención.

Como señalara en el referido apartado, el Protocolo establece un mecanismo conforme al cual los Estados Parte del mismo deben presentar Informes periódicos sobre su situación en materia de DESC. Si bien, de acuerdo al Protocolo, tales informes tienen que ser enviados al Secretario General de la OEA, la Asamblea General encomendó al Consejo Permanente que propusiera la posible composición y modalidades de funcionamiento de un Grupo de Trabajo encargado de analizar tales informes, y solicitó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos proponer al Consejo Permanente para su eventual aprobación, “los indicadores de progreso a ser empleados para cada agrupamiento de derechos protegidos sobre los que deba presentarse el informe, teniendo en cuenta, entre otros, los aportes del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.”⁹²⁵ Conforme a lo acordado, el Grupo de Trabajo estará integrado por tres expertos gubernamentales elegidos por la Asamblea General de la OEA, un experto independiente designado por el Secretario General de dicha institución y un Miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Durarán tres años en sus mandatos y no podrán ser reelegidos, así como no podrán participar en la revisión de los informes del Estado del cual sean nacionales.⁹²⁶

El mecanismo acordado dispone que los Estados deberán presentar sus informes de progreso cada tres años. Una vez transcurrido 60 días desde la recepción del

⁹²⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Lineamientos para la Elaboración de Indicadores de Progreso en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 19 de julio de 2008.

⁹²⁵ AG/RES. 2074 (XXXV-O/05), “Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador”, 7 de junio de 2005.

⁹²⁶ AG/RES. 2262 (XXXVII-O/07), “Protocolo de San Salvador: Composición y Funcionamiento del Grupo de Trabajo para analizar los Informes de los Estados Parte”, 5 de junio de 2007.

respectivo Informe, se iniciará su análisis por los órganos a que se refiere el artículo 19 del Protocolo de San Salvador. Los informes escritos del Consejo Interamericano de Desarrollo Integral (CIDI), de la CIDH y de los restantes órganos serán enviados al Grupo de Trabajo. Este presentará sus conclusiones preliminares a cada Estado Parte, pudiendo este efectuar comentarios a dichas conclusiones preliminares dentro de un plazo de 60 días. Las conclusiones finales que adopte el Grupo de Trabajo serán notificadas al Estado Parte a través de una comunicación escrita así como en una reunión con el Representante Permanente acreditado ante la Organización de los Estados Americanos.

Para llevar adelante el mandato encomendado por la Asamblea General, la Comisión Interamericana convocó a una reunión de expertos, que tuvo lugar en octubre de 2005, durante su 123º período ordinario de sesiones. Según se anota en el documento sobre Lineamientos, dicha reunión “permitió (i) contar con aportes respecto de la mejor manera en que el trabajo de la CIDH puede contribuir al avance de los derechos económicos, sociales y culturales de la región sin duplicar los esfuerzos que efectúan regularmente otros organismos intergubernamentales y (ii) hacer sugerencias a la Comisión sobre las mejores formas de dar cumplimiento al mandato que la Asamblea General le asignó a la CIDH mediante la Resolución AG/RES. 2074 (XXXV-O/05)”⁹²⁷.

En los Lineamientos se enfatiza que ellos tienen por propósito no sólo el de servir de base para el trabajo de las OEA en materia de DESC, sino también de “proveer a los Estados Partes, a las demás organizaciones del Sistema Interamericano, y a la sociedad civil, de una herramienta que sirva de base (...) para el diseño de un mecanismo interno de evaluación permanente para cada Estado Parte.” La CIDH apunta que tales lineamientos “no pretenden ser acabados, sino lo suficientemente amplios y abiertos para permitir la incorporación de ajustes y variaciones que den cuenta de los diversos contextos locales y regionales, buscando adecuar metas, indicadores y señales de progreso cualitativas a las distintas realidades y en un contexto participativo amplio y de rigurosa transparencia metodológica.”⁹²⁸

⁹²⁷ CIDH, Lineamientos (...), cit., párrafo 4.

⁹²⁸ Ídem. Ambas citas están tomadas del párrafo 5.

En su documento, la Comisión considera tanto indicadores cuantitativos como señales de progreso cualitativas, de manera de poner en contexto la información estadística y de proporcionar elementos de análisis al órgano a cargo de la supervisión. La CIDH añade que “[e]l esquema de indicadores y señales de progreso que se utilice debería contemplar un margen de flexibilidad para abordar problemas y características particulares de la situación de un determinado país al momento de ser examinado, al mismo tiempo de permitir registrar sus cambios y comparabilidad en el tiempo.”⁹²⁹

La Comisión también resalta en su documento que el sistema de informes en el ámbito interamericano debe funcionar en forma complementaria al mecanismo de presentación de informes ante el Comité de DESC de la ONU, evitando duplicar ese y otros sistemas de supervisión. Ello –apunta la CIDH-, solo puede alcanzarse mediante “una correcta selección de problemáticas específicas de cada región y de cada Estado, de tal forma que se alcance el mayor nivel de concreción en el principio de rendición de cuentas. Por eso –agrega- los indicadores propuestos serán sólo indicativos y en modo alguno reemplazarán la necesidad de que los órganos de supervisión creados al efecto definan en cada caso una estrategia para el seguimiento de la situación de cumplimiento del Protocolo en cada Estado.”⁹³⁰

Siguiendo el modelo de indicadores propuestos en la ONU en el Informe sobre Indicadores para Vigilar el Cumplimiento de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos,⁹³¹ la Comisión Interamericana distingue tres categorías de ellos: estructurales, de proceso y de resultados.

De acuerdo a la definición proporcionada por la CIDH, “[l]os *indicadores estructurales* buscan medir qué medidas dispone el Estado para implementar los derechos del Protocolo. En otros términos, relevan información para evaluar *cómo* se organiza el aparato institucional y el sistema legal del Estado para cumplir las obligaciones del Protocolo. Si existen o se han adoptado medidas, normas jurídicas, estrategias, planes, programas o políticas, o se han creado agencias públicas, destinadas a implementar esos derechos. Si bien los indicadores estructurales indagan simplemente

⁹²⁹ Ídem, párrafo 10.

⁹³⁰ Ídem, párrafo 13.

⁹³¹ Dicho documento fue aprobado por los Presidentes de los órganos de derechos humanos establecidos por los tratados en la materia en Naciones Unidas. UN Doc. HRI/MC/2006/7 del 11 de mayo de 2006.

sobre la existencia o inexistencia de las medidas, podrían en ocasiones incluir información relevante para entender también algunas de sus características principales, por ejemplo si las normas son o no operativas, o cual es la jerarquía de una agencia o institución pública o su competencia funcional.”⁹³²

A su turno, “[l]os *indicadores de proceso* buscan medir la calidad y magnitud de los esfuerzos del Estado para implementar los derechos, a través de la medición del alcance, la cobertura y el contenido de las estrategias, planes, programas, o políticas u otras actividades e intervenciones específicas encaminadas al logro de metas que corresponden a la realización de un determinado derecho.”⁹³³

Por su parte, los *indicadores de resultado* persiguen medir el impacto real de las estrategias, programas, e intervenciones estatales, proporcionando una medida cuantitativamente comprobable y comparable del desempeño del Estado en materia de realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos también plantea que con el objeto de mejorar la posibilidad de análisis y organizar de manera más ajustada la información relevada en el proceso se la clasifique en tres categorías, a saber, recepción del derecho, capacidades estatales, y contexto financiero y compromiso presupuestario. La primera de estas categorías se refiere a la recepción en el sistema legal, el aparato institucional y las políticas públicas. La segunda de ellas concierne al aspecto técnico instrumental y de distribución de recursos de poder dentro del aparato estatal. La tercera categoría –señala la Comisión– “alude a la disponibilidad efectiva de recursos del Estado para ejecutar el Gasto Público Social, y de qué manera se distribuye el mismo, ya sea medido de la manera usual (porcentaje del Producto Bruto Interno para cada sector social) o por algún otro mecanismo. En forma conexa se incorporan dentro de la misma categoría a los *compromisos presupuestarios*, en virtud de los cuales se puede evaluar la importancia que el propio Estado le está asignando al derecho en cuestión, y que además actúa en forma complementaria a la medición de capacidades estatales.”⁹³⁴

⁹³² CIDH, Lineamientos, cit., párrafo 30. He eliminado una referencia a nota pie contenida en el texto original.

⁹³³ Ídem, párrafo 31. Se ha eliminado una referencia contenida en el texto original.

⁹³⁴ Ídem, párrafo 42.

A los anteriores indicadores –continúa el documento sobre Lineamientos- deben añadirse aquellos sobre temas transversales. La Comisión distingue al respecto igualdad, acceso a la justicia, e información con participación. Además, siguiendo las normas formuladas por la Asamblea General de la OEA, la CIDH anota que “respecto a cada derecho protegido debe considerarse los siguientes enfoques: equidad de género, grupos especiales de personas -niños, adultos mayores, personas con discapacidades-, diversidad étnica y cultural -en particular pueblos indígenas y afrodescendientes, y la incidencia de la sociedad civil en la formulación de avances legislativos y políticas públicas.”⁹³⁵

El análisis de la Comisión acerca de los alcances de la igualdad y la no discriminación en materia de DESC incluye una muestra de ejemplos de la forma en que se pueden relacionar al respecto indicadores de tipo cuantitativo con señales de progreso de carácter cualitativo.

Por lo que se refiere al segundo tema transversal, esto es, el del acceso a la justicia respecto de los derechos sociales establecidos en el Protocolo de San Salvador, la Comisión emplea un concepto amplio de dicho acceso, “que comprende el examen sobre la posibilidad legal y fáctica de acceso a mecanismos de reclamo y protección administrativos y judiciales.”⁹³⁶

En cuanto a la información sobre los DESC, se trata de un indicador que ha sido planteado reiteradamente por el Comité de la ONU en la materia. La Comisión enfatiza que su generación debe hacerse en forma participativa, debiendo establecerse relaciones al respecto con la sociedad civil. Las obligaciones del Estado en la materia –añade la CIDH- incluyen la de carácter positivo de producir información estadística desagregada por colectivos vulnerables.

Dada la envergadura de la materia, el documento sobre Lineamientos no se refiere de manera pormenorizada al monitoreo del conjunto de derechos económicos, sociales y culturales garantizados en el Protocolo de San Salvador, sino que aplica los

⁹³⁵ Ídem, párrafo 45.

⁹³⁶ Ídem, párrafo 66.

indicadores antes resumidos a dos de ellos: el derecho a la seguridad social y el derecho a la salud. De este modo, la CIDH pretende ilustrar la tarea que deberá llevar a cabo el Grupo de Trabajo de la OEA al revisar los informes de los países.

Al respecto, la Comisión Interamericana señala que “[l]a selección de estos derechos obedece a la experiencia recogida por la CIDH en su sistema de casos sobre estos derechos sociales y los desarrollos de estándares en el sistema de Naciones Unidas. Los indicadores ofrecidos en esta sección pueden ser considerados para la elaboración de los indicadores de progreso que correspondan a los demás derechos del Protocolo.”⁹³⁷

En relación con el primero de los derechos que estudia el documento, el derecho a la seguridad social, luego de un breve análisis, a través de una serie de cuadros se le aplican a este derecho los indicadores antes tratados, es decir, estructurales, de progreso y de resultados, así como los de carácter transversal (igualdad, acceso a la justicia, e información con participación). De este modo se configura una serie de parámetros para la evaluación que deberá hacer el Grupo de Trabajo en lo referido a seguridad social en los Informes que presenten los países.

En lo relativo al derecho a la salud, el documento de la CIDH sigue los mismos pasos que sobre seguridad social.

Por último, el documento sobre Lineamientos aborda varios aspectos relevantes para el trabajo a ser llevado por la OEA respecto de los Informes. Entre ellos se incluyen la metodología de trabajo del Comité de DESC de la ONU –por ser un órgano que también conoce de informes presentados regularmente por los Estados sobre este tema-, la importancia de garantizar un procedimiento participativo, las fases del monitoreo, etc.

⁹³⁷ Ídem, párrafo 80.

11. A MANERA DE BALANCE

De manera paulatina aunque creciente, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha venido prestando atención a los derechos económicos, sociales y culturales. Esto se ha manifestado principalmente a través de la adopción y entrada en vigor del Protocolo de San Salvador, del monitoreo sobre la materia por la Comisión Interamericana a través de su sistema de Informes y de la jurisprudencia de la propia Comisión y de la Corte Interamericana. Además, está por verse con qué grado de efectividad operará el mecanismo de supervisión de Informes establecido en el Protocolo de San Salvador.

Esta mayor atención de parte del Sistema Interamericano a los DESC refleja, con sus limitaciones incluidas, la evolución en el tratamiento de tales derechos a nivel interno de los Estados acaecida durante los procesos de democratización. Esta última ha incluido su consagración a nivel constitucional, así como –de manera variable según los Estados- un cierto grado de justiciabilidad. No obstante, subsiste en muchos países el debate acerca de los alcances de la labor judicial respecto de estos derechos, especialmente en cuanto ellos puedan conllevar la formulación y ejecución de políticas públicas.

Precisamente, uno de los dilemas de mayor magnitud que se hallan pendientes concierne a la cuestión de los alcances de la justiciabilidad de los DESC en el Sistema Interamericano. Si bien a estas alturas hay claridad respecto de la existencia de dicha justiciabilidad, el debate doctrinario y jurisprudencial subsiste en cuanto al grado de la misma, esto es, hasta dónde llega la justiciabilidad, qué situaciones cubre y cuáles quedan fuera de ella por lo menos en el estado actual del Derecho Internacional.

Como hemos visto, en los últimos años se ha venido desarrollando una jurisprudencia interesante a través de las vías indirectas, es decir, de la invocación de derechos civiles y políticos para hacer valer violaciones a los DESC, haciendo ver la indivisibilidad de los derechos humanos. La Comisión y la Corte Interamericana han solido coincidir en su visión acerca de tales casos, en la misma dirección, por lo demás, de la que ha venido siendo la tendencia en otros Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos.

Las vías indirectas, sin embargo, presentan limitaciones, especialmente en lo referido al tipo de casos contenciosos que es posible llevar adelante. La vía directa, en cambio, particularmente por medio de la invocación del artículo 26 de la Convención Americana, podría hacer potencialmente justiciables una mayor variedad de violaciones de DESC. Subrayo lo de “potencialmente”, puesto que la cuestión de los alcances de dicha disposición no se encuentra en absoluto zanjada, con diversas posiciones doctrinarias en discusión e interpretaciones de la Comisión y la Corte Interamericana que difieren en algunos aspectos relevantes.

Se trata, en consecuencia, de una materia cuyos contornos y contenidos todavía no se hallan suficiente esclarecidos a nivel interamericano y sobre la que en los próximos años –especialmente en la medida en que los órganos del Sistema conozcan de casos relevantes al respecto- es previsible tendrán lugar procesos de definiciones más precisas.

CONCLUSIONES

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha experimentado cambios significativos a lo largo de sus 50 años de historia, especialmente en las dos últimas décadas, a partir del advenimiento de los procesos de democratización en los Estados de la OEA. Desde un Sistema que poseía solamente una Comisión creada mediante una reunión ad-hoc (como fue la Reunión de Cancilleres que dio origen a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), sin un tratado que la respaldase, se transitó progresivamente a la consolidación jurídica y política de dicho organismo, a la creación de un tribunal interamericano y a la adopción de una serie de tratados en materia de derechos humanos. Durante los procesos de democratización en el Continente Americano, este proceso ha ido acompañado de un progresivo incremento de la eficacia de tales órganos, aunque todavía con importantes limitaciones y de manera muy dispar entre los diferentes Estados de la OEA. Más aún, se trata de una evolución no lineal, con avances y retrocesos, según los países de los que se trate. Si bien, como hemos procurado demostrar en este trabajo, han sido los avances los que han predominado, subsisten claroscuros de importancia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en el que aún subsisten carencias importantes.

A continuación se sintetizan las principales conclusiones a las que es posible llegar sobre la base de lo desarrollado en este trabajo:

PRIMERA: Los procesos de democratización experimentados en muchos Estados de la OEA han traído consigo un tipo de relación distinta de estos con la Comisión y la Corte Interamericana. Desde luego, dicha relación es mejor a la que existía en la época de las dictaduras. Sin embargo, no se trata ni de lejos de una relación carente de tensiones, las que han sido de mayor o menor envergadura. Al respecto, es importante anotar primeramente que junto con los procesos de democratización se produjo la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por una cantidad relevante de Estados (especialmente los latinoamericanos, ya que todos aquellos Estados que no lo habían hecho anteriormente lo hicieron durante sus procesos de democratización) y, de manera simultánea o por lo menos cercana en el tiempo, el reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana. En ciertos Estados, esas iniciativas de ratificación parecen haber ido asociadas a la necesidad de

asegurar la continuidad de los procesos democráticos que se iniciaban, de manera de evitar la repetición histórica de sucesiones intercaladas de gobiernos democráticos y autoritarios. El quedar obligados por el Pacto de San José de Costa Rica y supervisados no sólo por la Comisión sino también por la Corte Interamericana desde luego no aseguraba que no habría futuras asonadas militares e incluso Golpes de Estado (que, de hecho, han continuado teniendo lugar, aunque con mucho menor frecuencia, frustándose la mayoría de ellos), pero contribuiría a dificultar que ocurrieran.

Sin embargo, los alcances de los compromisos que acarrea la ratificación de la Convención Americana (que, entre otros aspectos, implicaba un fortalecimiento del rol de la Comisión) y del reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de la Corte no parecían ser del todo claros para muchos de los Estados que emprendían ese camino. Esto queda de manifiesto si se considera la reacción de una serie de ellos en la década de los noventa –y, en menor medida, en la primera década del siglo XXI- frente a la actuación desarrollada por la Comisión y en menor grado en relación con la del tribunal interamericano. Como hemos analizado en este trabajo, para muchos Estados el proceso de incorporación a todos los ámbitos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se centraba principalmente en procurar separar aguas con las prácticas masivas y sistemáticas de violaciones a los derechos humanos que habían asolado el Continente en las décadas anteriores. No les resultaba tan evidente, en cambio, que ese paso implicara también que en lo sucesivo la Comisión y la Corte Interamericana supervisarían la situación de los derechos humanos en un amplio rango de materias o por lo menos no que lo harían con la intensidad con que estos órganos han emprendido dicha tarea.

SEGUNDA: La Convención Americana sobre Derechos Humanos y, más genéricamente, el Sistema Interamericano en la materia, están diseñados para operar a cabalidad en contextos democráticos y no como un mecanismo más o menos limitado a lidiar con erupciones autoritarias. Sin embargo, la práctica histórica del Sistema Interamericano decía otra cosa, al haber surgido dicho sistema precisamente en un contexto con fuertes aristas autoritarias. Producido, entonces, el tránsito hacia sistemas democráticos en los Estados de la OEA, la Comisión y la Corte asumen a cabalidad sus funciones. Lo cierto, no obstante, es que esto fue acompañado por una serie de otros desarrollos que tuvieron lugar a nivel internacional, especialmente en el ámbito del Sistema de Derechos Humanos de Naciones Unidas. En el mismo sentido, el

movimiento internacional de derechos humanos, especialmente a través de las organizaciones de la sociedad civil, había avanzado y diversificado su agenda en la materia. Así entonces, el panorama en materia de derechos humanos a nivel internacional en general e interamericano en particular con el que se encontraron aquellos Estados de la OEA al comenzar a echar a andar sus procesos de democratización fue uno muy distinto al que existía previo al establecimiento de regímenes dictatoriales.

TERCERA: Dentro de esa gama temática ampliada en Naciones Unidas destacaba especialmente lo relativo a los derechos humanos de los colectivos en situación de vulnerabilidad. El Sistema Interamericano había venido prestando atención a esta situación de manera muy incipiente hasta antes de la década de los noventa. Como hemos expuesto en este trabajo, esa atención se había insertado dentro del monitoreo de violaciones masivas y sistemáticas, sin que los colectivos vulnerables aparecieran con un trato diferenciado que se manifestara a través de un énfasis respecto de ellos en dicho monitoreo. En este sentido, en términos jurídicos, ellos eran considerados víctimas de tales abusos como cualesquiera otras, sin atender a su especial situación de precariedad y desvalimiento. Este monitoreo por el Sistema Interamericano tampoco había contado de modo relevante con una perspectiva de género. En la década de los ochenta, la Comisión Interamericana empieza a incorporar el tratamiento de algunos colectivos en situación de vulnerabilidad en sus Informes sobre Países, pero limitándose solamente a algunos de ellos (básicamente mujeres y pueblos indígenas). En lo concerniente al sistema de casos, este había conducido a muy pocas resoluciones sobre colectivos vulnerables.

El tratamiento de la situación de dichos colectivos cambia de manera significativa en el Sistema Interamericano en el contexto de los procesos de democratización. En primer lugar, se consolida la práctica hasta entonces incipiente de incluir el monitoreo de la situación de tales grupos en los Informes sobre Países de la CIDH, ampliándose los colectivos cubiertos en ellos. En segundo término, un número creciente de casos en la Comisión y la Corte se dedican a estos temas. En tercer lugar, la CIDH establece un conjunto de relatorías temáticas, casi todas las cuales se centran precisamente en la situación de los mencionados colectivos.

CUARTA: Otro conjunto de temas que emergen en el Sistema Interamericano junto con los procesos de democratización dice relación con la construcción de sistemas democráticos genuinos, acordes con la noción de un Estado de Derecho. En otras palabras, no se trataba ya únicamente de la dicotomía dictadura/democracia –como solía ser el caso en el antiguo contexto de fuerte presencia de regímenes autoritarios en los Estados de la OEA-, sino de monitorear y dar seguimiento al desarrollo de una serie de parámetros para el desarrollo de la Democracia y el Estado de Derecho. Entre ellos se encuentran, por mencionar algunos de los más importantes, la confrontación de las violaciones masivas y sistemáticas del pasado por parte de los regímenes democráticos, como una manera de sentar las bases para un sistema democrático basado en la noción de igualdad ante la ley y que evite la impunidad de graves crímenes cometidos por el Estado, lo que condujo a declarar la incompatibilidad de las normas de amnistía de violaciones graves a los derechos humanos con la Convención Americana; el abordaje de nuevos alcances en materia de libertad de expresión, cuestionando prácticas arraigadas en la región como la censura judicial, las normas de desacato y la ausencia de un sistema de acceso a la información pública; el ejercicio de los derechos políticos a través de sistemas electorales adecuados; el funcionamiento de sistemas judiciales independientes, respetuosos del debido proceso y que garanticen el acceso a la justicia; la implementación efectiva de las restricciones que los estándares interamericanos imponen en materia de pena de muerte; etc.

Estos temas pasan a ser considerados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el período de democratización en los Estados de la OEA a través de diversos mecanismos, tales como una atención creciente a los mismos a través de su sistema de casos, de Informes Temáticos sobre algunos de ellos (como, por ejemplo, una serie de informes relacionados con el acceso a la justicia y el informe sobre leyes de desacato y su impacto en la libertad de expresión), así como por medio de su inclusión en Informes sobre Países (vgr., el tratamiento de cuestiones referidas a amnistías de graves violaciones en varios Informes sobre Colombia).

QUINTA: Otro ámbito de temas, que distinguimos aquí solo para efectos analíticos, se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales. Se trata, por cierto, y como analizáramos en este trabajo, de un conjunto de derechos interrelacionados con los demás derechos humanos y, que, por lo mismo, se encuentran

vinculados también con los aspectos mencionados en las dos conclusiones precedentes, puesto que, por una parte, los DESC son centrales en relación con la situación de los colectivos vulnerables (como se advierte, por ejemplo, en lo relativo a la preservación de las culturas de los pueblos indígenas) y, por otra, desempeñan un rol fundamental en la construcción de sociedades democráticas.

Los derechos económicos, sociales y culturales pasan a ser analizados por el Sistema Interamericano tanto a través de su inclusión permanente en los Informes sobre Países, como por medio de Informes Temáticos y del sistema de casos. Esto ocurre fundamentalmente a partir de los procesos de democratización, ya que en la época de los regímenes autoritarios era escaso el trabajo del Sistema Interamericano sobre estos derechos. Especialmente revelador resulta ser el cambio en los criterios acerca de la justiciabilidad de los DESC. Como viéramos en el capítulo respectivo, ello quedó especialmente de manifiesto en el período que medió entre fines de la década de los ochenta y fines de la década de los noventa. Cuando se adopta el Protocolo de San Salvador en 1988 se consagra solo la justiciabilidad de dos DESC: el derecho a la sindicación y el derecho a la educación. Sin embargo, al momento de entrar en vigor dicho instrumento 11 años más tarde, la jurisprudencia del Sistema Interamericano acerca de los alcances de la justiciabilidad de los DESC basada en la Convención Americana había cambiado sustancialmente, considerándose que el art.26 de dicho tratado permitiría la justiciabilidad de otros DESC además de los dos señalados. Ello condujo a la situación paradójica en la que el instrumento original (la Convención) proporcionaría un mayor grado de justiciabilidad que el Protocolo Adicional a ella.

SEXTA: Estas importantes transformaciones en la labor del Sistema Interamericano de Derechos Humanos han provocado tensiones, en ocasiones muy fuertes, con los Estados. Desde luego, la magnitud de las tensiones ha fluctuado según los temas y según los momentos. Como describiéramos, un conflicto de envergadura mayor se vivió en la década de los noventa, en especial, pero no exclusivamente con Argentina, El Salvador y Uruguay, cuando la Comisión Interamericana estableció que las normas de amnistías a violaciones graves a los derechos humanos transgredían el Pacto de San José de Costa Rica incluso si ellas habían sido aprobadas por regímenes democráticos. En la actualidad existe una jurisprudencia bien consolidada del Sistema Interamericano en tal sentido y la reacción de los Estados es muy diferente, aun cuando

ello no asegure que los estándares interamericanos vayan a ser necesariamente implementados a nivel interno.

Otros temas sobre Democracia y Estado de Derecho han producido conflictos recurrentes a lo largo de las dos últimas décadas. Así, a título ilustrativo, podemos resaltar la reacción de México frente a los cuestionamientos del Sistema Interamericano acerca de su sistema electoral a principios de los noventa; la de Chile respecto de una serie de temas en materia de libertad de expresión en la misma década; la de varios países del CARICOM en relación con la aplicación de la pena de muerte; etc. Mención aparte merecen la actitud confrontacional de gobierno de Perú en los noventa y del de Venezuela en la primera década del siglo XXI en relación con los serios cuestionamientos levantados por la CIDH respecto de la situación del Estado de Derecho en esos países en los períodos mencionados, así como en relación con las sentencias de la Corte (que llevó a Perú a declarar que retiraba su reconocimiento a la jurisdicción contenciosa del tribunal – el cual este declaró improcedente- y al reiterado incumplimiento de Venezuela de dichas resoluciones).

Los temas referidos a colectivos vulnerables y a derechos económicos, sociales y culturales no han dado, por regla general, origen a conflictos explícitos de magnitud entre los Estados y los órganos del Sistema. En parte ello obedece a que ello resultaría muy impopular a nivel interno para los Estados y al hecho de que en muchos de ellos se han abierto instituciones estatales encargadas de su protección, lo cual deviene en una suerte de contrapeso a los actores políticos, encontrándose a menudo en dichas instituciones especializadas una actitud favorable a la tarea de los órganos de derechos humanos del Sistema Interamericano en la materia, con el propósito de facilitar avances.

No obstante, en algunas áreas en materia de derechos económicos, sociales y culturales queda de manifiesto la pasividad de muchos Estados, como ocurre, ejemplo, con las dos décadas que lleva en preparación una Declaración Americana sobre Pueblos Indígenas o con la enorme demora en poner en marcha el mecanismo interestatal de monitoreo contemplado en el Protocolo de San Salvador que consistirá en la revisión de informes elaborados por los propios Estados.

SÉPTIMA: Un aspecto interesante en el desarrollo de la relación entre los Estados de la OEA y los órganos de derechos humanos del Sistema Interamericano durante los procesos de democratización en el Continente lo constituye la diversificación de las instituciones estatales que participan en esa relación. En la medida en que se ha ido fortaleciendo en la mayoría de los países la separación de los poderes públicos y la independencia judicial, así como se han creado o potenciado organismos especializados en materia de derechos humanos a nivel interno -tales como defensorías del pueblo, defensorías públicas u otras- ello ha traído consigo una relación más dinámica con la Comisión y la Corte. En los últimos años se ha ido acumulando una serie de iniciativas de diversificación de la participación estatal en relación con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Respecto de algunos Estados ella ha incluido la interposición de denuncias ante la Comisión por parte de las defensorías públicas (cuando poseen un status autónomo que les permite hacerlo). También se ha vuelto frecuente que instituciones estatales especializadas en derechos humanos soliciten la realización de audiencias temáticas, en las que el panorama que ofrecen ante la CIDH no necesariamente coincide con el de las autoridades políticas. La colaboración de organismos estatales de diversa naturaleza y puntos de vista también ha resultado relevante para la preparación de las visitas de la Comisión, así como de sus Informes temáticos y de países.

En el mismo sentido, resalta la importancia de esta mayor heterogeneidad al interior de los Estados (e incluso al interior de los gobiernos) a la hora de procurar alcanzar acuerdos amistosos en la tramitación de casos en la CIDH, así como respecto de la implementación de los Informes de Fondo de la Comisión, y de sus recomendaciones contenidas en Informes temáticos o de países. Lo propio ha ocurrido en relación con la ejecución de las sentencias de la Corte y con ciertos desarrollos basados en sus Opiniones Consultivas. Todo ello con los alcances limitados que hemos expuesto a lo largo de este trabajo.

OCTAVA: De manera más general, la tendencia descrita en la conclusión anterior ha conducido a reforzar las iniciativas de adecuación del derecho y prácticas internas a los estándares interamericanos. Por cierto que no se trata de un panorama homogéneo entre los países. Incluso, al interior de los Estados pueden observarse etapas de mayor o menor atención a los desarrollos del Sistema Interamericano a efectos de su

recepción e incluso en algunos de ellos se aprecian retrocesos. En ocasiones, la invocación a los estándares interamericanos en los proyectos de legislación es más retórica que real. Sin embargo, como tendencia, puede apreciarse que la misma ha consistido en un progresivo fortalecimiento de la adecuación. Esto se refleja en reformas constitucionales, legislativas y administrativas emprendidas; en el desarrollo de instituciones especializadas; en cambios en ciertas prácticas; en transformaciones en la jurisprudencia interna; etc.

En conexión con lo recién expuesto, es importante anotar que, dadas las serias limitaciones del Sistema Interamericano para hacerse cargo y resolver con prontitud el volumen de denuncias que se presentan, resulta crucial el efecto paradigmático de los casos que llegan a su conclusión. Desde luego, esto por sí solo es insuficiente, al impedir satisfacer los requerimientos de justicia en cada caso particular. Pero, como contrapartida, puede observarse cómo en los últimos 20 años el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha emitido, en efecto, un conjunto de decisiones emblemáticas en diversas áreas temáticas, lo que ha tenido un impacto a nivel interno de los Estados, incluso más allá del Estado en particular al que se refería el caso respectivo.

NOVENA: Un factor relevante para el desarrollo y fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos lo ha constituido la labor de las organizaciones de la sociedad civil. Desde los inicios del funcionamiento de la CIDH, dichas organizaciones han apoyado su trabajo, mediante el suministro de información, así como llamando su atención sobre los variados problemas existentes en materia de derechos humanos. Su papel también ha sido significativo para la realización de visitas de la Comisión a los países y son esas organizaciones las que han presentado un alto porcentaje de las denuncias sometidas a conocimiento de la CIDH. En cuanto a su participación ante la Corte Interamericana, el rol de la sociedad civil se ha ido ampliando en la medida en que el propio tribunal les ha ido otorgando dicha posibilidad, lo cual ha tenido lugar de manera paulatina. Más recientemente, la sociedad civil ha ido adquiriendo espacios de participación en los órganos políticos de la OEA, especialmente a través del establecimiento de un sistema de status consultivo. La actividad de las organizaciones de la sociedad civil ha sido de mucha importancia también para ir persuadiendo a los órganos de derechos humanos del Sistema Interamericano – y, en

menor medida, a sus órganos políticos- acerca de la necesidad de ir ampliando y diversificando su agenda temática.

DÉCIMA: No obstante los avances anotados, subsisten importantes aspectos pendientes. El principal de ellos se refiere a la insuficiente eficacia de las decisiones e informes de los órganos de derechos humanos del Sistema Interamericano. Como hemos analizado en este trabajo, aunque el nivel de eficacia ha aumentado en el contexto de los procesos de democratización en los Estados de la OEA, el mismo continúa presentando serias limitaciones. El aspecto más positivo es que, de manera creciente, los Estados van dando cumplimiento a aquellas resoluciones que establecen indemnizaciones para las víctimas, así como diversas formas de reparación simbólica. Mucho menos frecuente resulta, en cambio, que implementen otro tipo de medidas, tales como reformas legislativas o de otro carácter. Señalábamos recién que, como tendencia, dichas reformas se han incrementado; sin embargo, ellas suelen tomar mucho tiempo y a menudo no dicen relación con un caso concreto. Por último, el mayor grado de ineficacia suele hallarse en lo referido a la investigación a fondo y sanción de los perpetradores de violaciones a los derechos humanos. Esto queda de manifiesto al revisar el alto porcentaje de casos a los que la Comisión Interamericana continúa dando seguimiento mucho después de haber decidido sobre los mismos, así como del importante volumen de casos que la Corte mantiene abiertos después de emitir sentencia.

Un factor relevante al respecto lo constituye la falta de acción de los órganos políticos de la OEA como garantes colectivos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Aunque en los últimos años la Asamblea General ha venido aprobando resoluciones en las que llama a los Estados a acatar las resoluciones de la Comisión y la Corte, en los hechos los órganos políticos de la OEA no suelen ir más allá de eso. En este sentido, ni aun en las circunstancias más graves los órganos políticos de la OEA se hacen cargo de dar seguimiento a casos específicos o a la situación de incumplimiento reiterado en que un Estado pueda encontrarse frente a la Comisión o a la Corte.

DÉCIMOPRIMERA: Otro aspecto pendiente de relevancia lo constituye la falta de “universalidad” del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, entendiendo por tal - como se ha explicado en este trabajo- el hecho de que un número no despreciable

de Estados Miembros de la OEA no haya ratificado sus principales instrumentos, en especial el Pacto de San José de Costa Rica. Se suma a ello el que cerca de un tercio de los Estados de la OEA no ha reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La situación descrita produce importantes asimetrías entre los Estados y le resta fuerza al Sistema Interamericano. Si bien en los inicios de los procesos de democratización un número importante de Estados se adhirió a los instrumentos interamericanos de derechos humanos y reconoció la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, en la última década prácticamente no se observan avances en la materia.

DÉCIMOSEGUNDA: La labor del Sistema Interamericano de Derechos Humanos también se ve afectada de manera importante por la crónica falta de recursos de sus órganos, la cual hace imposible que ellos cumplan a cabalidad los mandatos que les han sido asignados. Ello tiene un impacto especialmente grave en lo concerniente al sistema de casos en la Comisión, que la imposibilitan de hacerse cargo de manera expedita del enorme volumen de denuncias que recibe cada año. Si bien en los últimos años la gran mayoría de los Estados han expresado su apoyo al trabajo de la Comisión y la Corte en sus intervenciones en los órganos políticos de la OEA, ello no se ha traducido en un incremento relevante de sus contribuciones financieras a dichos órganos.

DÉCIMOTERCERA: Las transformaciones experimentadas por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos durante los procesos de democratización en el Continente Americano han sido el resultado de una combinación de iniciativas emprendidas por la propia Comisión y la Corte, por el cambio en el papel de los Estados de la OEA respecto de dichos órganos, así como de la labor de las organizaciones de la sociedad civil. La Comisión y la Corte, dotadas sólo de normas de carácter general para el ejercicio de sus respectivos mandatos por la Carta de la OEA, la Convención Americana y sus respectivos Estatutos, se han dado a sí mismas normas más específicas a través de sus sucesivos Reglamentos. En los últimos años, estas reformas reglamentarias han sido emprendidas con una participación amplia de los Estados y de la sociedad civil, aunque reservándose los órganos de derechos humanos la decisión

última acerca de las modificaciones a realizar. En el caso de la Comisión, se han llevado a cabo de propia iniciativa una serie de modificaciones en materia de gestión, relacionadas de manera especial aunque no exclusiva con el fortalecimiento del sistema de casos. La participación más activa de los Estados y el fortalecimiento de la labor de la sociedad civil ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha impactado en el emprendimiento de una serie de reformas de naturaleza procesal, en la agenda temática de los órganos de derechos humanos, así como para dotar de una mayor eficacia (aunque todavía claramente insuficiente) a las decisiones de tales órganos.

DÉCIMOCUARTA: La Comisión y la Corte Interamericana llevan a cabo una permanente evaluación de sus propias prácticas y de sus normas reglamentarias, y, en este sentido, pueden continuar fortaleciendo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, siendo muy importante que dispongan de la autonomía necesaria para llevar adelante tales transformaciones. Sin embargo, dado el estado de cosas que se ha alcanzado actualmente en dicho Sistema, una mejoría cualitativa en el trabajo de la Comisión y la Corte sólo podrá darse en la medida en que los Estados, tanto a través de los órganos políticos de la OEA como a través de sus propias iniciativas individualmente considerados, asuman a cabalidad su papel de dotar de eficacia a la labor de tales órganos, de asignarles recursos adecuados para la dimensión de sus tareas, así como de asegurar la “universalidad” del Sistema Interamericano.

DÉCIMOQUINTA: La historia de los 20 últimos años del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, transcurridos en el contexto de procesos de democratización en la mayoría de los Estados de la OEA, es una de avances pero también de retrocesos. Si bien la tendencia general es positiva, las limitaciones que se mantienen impiden avanzar cualitativamente en el fortalecimiento de los órganos de derechos humanos de dicho sistema. La situación interna de los países posee rasgos similares a los descritos. Por una parte, si bien hoy en día resulta mucho más complejo que en el pasado dar golpes de Estado, ello no es en absoluto imposible, como lo demuestra la experiencia hondureña en 2009. Por otra, se observan avances y retrocesos, con países en los que se fortalece el Estado de Derecho y otros en los que este se ha vuelto más precario. Aunque el Sistema Interamericano mal podría por sí solo transformar esta situación, el mismo estaría en condiciones de contribuir con mayor

eficacia al respecto en la medida en que se superen las limitaciones que todavía subsisten para sus labores, las cuales hemos analizado a lo largo de este trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

MONOGRAFÍAS

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, 2002.

ACKERMAN, Bruce, *El futuro de la revolución liberal*, Ariel, Barcelona, 1995.

ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea, *El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana*, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Colección Temas de Derecho Público N°77, Bogotá, 2007.

ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid (1993).

ANAYA, S. James, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Editorial Trotta - Universidad Internacional de Andalucía, Madrid, 2005.

ARANGO, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Universidad Nacional de Colombia/Legis, Bogotá, 2005.

ARAI-TAKAHASHI, Yutaka, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerpen-Oxford-Nueva York, 2001.

BELOFF, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.

BERTONI, Eduardo Andrés, *Libertad de Expresión en el Estado de derecho: doctrina y jurisprudencia nacional, extranjera e internacional*; Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

BOCCIA PAZ, A., LÓPEZ, M.H., PECCI, A.V.y GIMÉNEZ GUANES, G., *En los Sótanos de los Generales: Los Documentos Ocultos del Operativo Cóndor*, Asunción, Expolibro/Servilibro, 2002.

BUERGENTHAL, Thomas, NORRIS, Robert y SHELTON, Dinah, *Protecting Human Rights in the Americas*, International Institute of Human Rights, 3a.edición revisada, Estrasburgo, 1990.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence y ÚBEDA DE TORRES, Amaya, *Las decisiones básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Estudio y Jurisprudencia*, Civitas, Pamplona, 2009.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2001.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2004.

CEJIL, *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Sistema Interamericano*, San José de Costa Rica, 2005.

CODEPU-DIT-T, *La Gran Mentira: el caso de las 'Listas de los 119': Aproximaciones a la Guerra Psicológica de la Dictadura Chilena*, 1994.

COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN, *Informe*, Santiago, 1991.

COOPER, Andrew y LEGLER, Thomas, *Intervention Without Intervening?: The OAS Defense and Promotion of Democracy in the Americas*, Palgrave MacMillan, Nueva York, 2006,

COURTIS, Christian (compilador), *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, CEDAL/CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

DINGES, John, *Operación Cóndor: Una Década de Terrorismo Internacional en el Cono Sur*, Ediciones B Chile, Santiago, 2004.

DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 1999.

ENGISCH, Karl, *Introducción al Pensamiento Jurídico*, Guadarrama, Madrid, 1967.

ELSTER, John, *Rendición de Cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica*, Katz Editores, Buenos Aires, 2006.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos Institucionales y Procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 3ª edición, 2004.

----- *Los límites de la libertad de expresión*; Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2004.

----- *El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Centro de Estudios de Derechos Humanos Universidad Central de Venezuela e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Caracas, 2007.

FERNÁNDEZ LIESA, Carlos (Director), *Tribunales Internacionales y Espacio Iberoamericano*, Universidad Carlos III de Madrid – Thomson - Civitas, Pamplona, 2009.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina, *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2010.

GEHLEN, Arnold, *Ensayos de Antropología Filosófica*, Editorial Universitaria, Santiago, 1973.

GOMIEN, Donna, HARRIS, D.J. y ZWAAK, Leo, *Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Council of Europe Publishing, Estrasburgo, 1986.

GONZÁLEZ MORALES, Felipe, MERA FIGUEROA, Jorge y VARGAS VIANCOS, Juan Enrique, *Protección Democrática de la Seguridad Interior*, Programa de Derechos Humanos Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Santiago, 1991.

GUEST, Iain, *Behind the Disappearances, Argentina Dirty War against Human Rights and the United Nations*, University of Pennsylvania Press, 1990.

HABERMAS, Jürgen, *El Discurso Filosófico de la Modernidad*, Taurus, Buenos Aires, 1989.

----- *Más Allá del Estado Nacional*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999.

----- *Facticidad y Validez*, Editorial Trotta, Madrid, 4ª Edición, 2005.

HAYEK, Friedrich, *Fundamentos de la Libertad*, Unión Editorial, Madrid, 1998.

INTERNATIONAL CENTER FOR TRANSITIONAL JUSTICE, *Accountability in Argentina: 20 years later, Transitional Justice Maintains Momentum*, Case Study Series, Nueva York, agosto 2005.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Los cinco primeros informes de la Relatoría para la Libertad de Expresión*, San José de Costa Rica (2003).

INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW GROUP Y COMITÉ DE IGLESIAS, *Tortura en Paraguay: Pasado y Presente*, Asunción, 1993.

KAUFMANN, Arthur, *Analogía y Naturaleza de la cosa*, Editorial Jurídica, Santiago, 1976.

KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, EUDEBA, Buenos Aires, 1986.

LIRA, Elizabeth y LOVEMAN, Brian, *Políticas de reparación: Chile 1990-2004*, LOM Ediciones, Santiago, 2005.

MARIANO, N.C., *Operación Cóndor: Terrorismo de Estado en el Cono Sur*, Buenos Aires, Ed. Lohlé-Lumen, 1998.

MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando, *Derecho Internacional Público (Parte General)*, Editorial Trotta, Madrid, 2005.

McGOLDBRICK, Dominic, *The Human Rights Committee: its role in the development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford University Press, 1994.

MEDINA, Cecilia, *The Battle of Human Rights. Gross, Systematic Violations and the Inter-American System*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1988.

----- *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia (vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial)*, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 2005.

MEDINA, Cecilia y MERA, Jorge (eds.), *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Cuadernos de Análisis Jurídico Serie Publicaciones Especiales N°6, Santiago, 1996.

MELISH, Tara, *Protecting Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American Human Rights System: A Manual on Presenting Claims*, Orville H. Schell Jr. Center for International Human Rights Yale Law School y Centro de Derechos Económicos y Sociales Ecuador, SERGRAFIC, Quito, 2002.

MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, Claridad, Buenos Aires, 1971.

NASH ROJAS, Claudio, *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 2003.

----- *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Acción: aciertos y desafíos*, Editorial Porrúa, México, 2009.

NEUMANN, Franz, *El Estado Democrático y el Estado Autoritario*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1968.

NIKKEN, Pedro, *La Protección Internacional de los Derechos Humanos: su Desarrollo Progresivo*, Civitas, Madrid, 1987.

PASQUALUCCI, Jo M., *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

RIBEIRO LEAO, Renato Zerbini, *La Construcción Jurisprudencial de los Sistema Europeo e Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Nuria Fabris Editora, Porto Alegre, 2009.

SECRETARÍA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: estudios y documentos*; Primera reimpresión, San José de Costa Rica, 1999.

SHELTON, Dinah, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2ª edición, 2006.

SIKKINK, Kathryn, *The Justice cascade: how human rights prosecutions are changing world politics*, W.W. Norton, Nueva York, 2011.

STEINER, Henry y ALSTON, Philip, *International Human Rights in Context: Law, Politics and Morals*, Oxford University Press, 2000.

TOLLER, Fernando M., *Libertad de Prensa y Tutela Judicial Efectiva: estudio de la prevención judicial de daños derivados de informaciones*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1999.

TUNKIN, Grigory, *Theory of International Law*, Harvard University Press, 1974.

UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2005 (Hechos de 2004)*, Santiago, 2005.

VAN DIJK, Pieter, VAN HOOFF, Fried, VAN RIJN, Arjen y ZWAAK, Leo, (editores), *Teoría y Práctica del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Universidad de Los Andes/Alfa/LAEHR, Bogotá, 2009.

VV.AA., *El Caso Awas Tingni contra Nicaragua*, Instituto de Derechos Humanos Universidad de Deusto, Bilbao, 2003.

VENTURA, Manuel E. y ZOVATTO, Daniel, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: naturaleza y principios, 1982-1987*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Editorial Civitas, Madrid, 1989.

VENTURA ROBLES, Manuel E., *Estudios sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Tomo II, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2011.

VILLÁN DURÁN, Carlos, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Editorial Trotta, Madrid, 2002.

ARTÍCULOS Y COLABORACIONES EN OBRAS COLECTIVAS

ABRAMOVICH COSARÍN, Víctor, Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; en: *Presente y Futuro de los Derechos Humanos: Ensayos en Honor a Fernando Volio Jiménez*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1998, pp. 137-170.

BASCH, Fernando, FILIPINNI, Leonardo; LAYA, Ana; NIN, Mariano; ROSSI, Felicitas y SCHREIBER, Bárbara, La Efectividad del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Un Enfoque Cuantitativo sobre su Funcionamiento y sobre el Cumplimiento de sus Decisiones, en: *SUR – Revista Internacional de Derechos Humanos*, N°12, Sao Paulo, junio 2010, pp.9-35.

BERTONI, Eduardo A., ‘New York Times vs. Sullivan’ y la malicia real de la doctrina; en: Eduardo A. Bertoni, Alberto Bovino, Fabricio Guariglia y Hernán V.

Gullco, *Libertad de Prensa y Derecho Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 61-86.

BOYLE, Kevin, The Council of Europe, the CSCE and the European Community, en: Hannum, Hurst (ed.), *Guide to International Human Rights Practice*, 2a. edición, 1992, pp. 133-158.

BRODY, Reed, The United Nations and Human Rights in El Salvador: 'Negotiated Revolution'; en: *Harvard Human Rights Journal* Vol. 8, 1995, pp.153- 178.

BRODY, Reed y GONZÁLEZ, Felipe, Nunca Más: An Analysis of International Instruments on Forced Disappearances; en: *Human Rights Quarterly* Vol.19, 1997, pp.365-405.

BUERGENTHAL, Thomas, New Upload: Remembering the Early Years of the Inter-American Court of Human Rights, 37 *New York University Journal of International Law and Policy*, 2005, pp.259 ss.

BUERGENTHAL, Thomas y CASSELL, Douglass, The Future of the Inter-American Human Rights System, en Juan E. Méndez y Francisco Cox, *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, 1998, pp.539-571.

CANÇADO TRINDADE, Antonio, The Evolution of Provisional Measures Under the Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights (1987-2002); en: *Human Rights Law Journal* Vol. 24, N°5-8, 2003, pp.162-168.

----- El Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000) y su proyección hacia el futuro: la emancipación del ser humano como sujeto del Derecho Internacional; en: Antonio Augusto Cançado Trindade y Manuel E. Ventura Robles, *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2ª Edición Actualizada y Ampliada, Corte Interamericana de Derechos Humanos y UNHCR/ACNUR, San José de Costa Rica, 2004, pp. 21-115.

CANO, Julieta, The Protection of ESCR in the Inter-American System through the use of precautionary and provisional measures; en: *Revista IIDH* N°45, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2007, pp. 59-86.

CARDOZO, Jorge, La solución amistosa ante la Corte; en: Juan Méndez y Francisco Cox (eds.), *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1998, pp. 391-409.

CASSELL, Douglass, Lessons from the Americas: Guidelines for International Responses to Amnesties for Atrocities; en: *Law and Contemporary Problems* Vol. 59 N°4, 1996, pp. 197-230.

CAVALLARO, James L. y BREWER, Stephanie Erin, La Función del Litigio Interamericano en la Promoción de la Justicia Social; en: *SUR- Revista Internacional de*

Derechos Humanos, N°8, Sao Paulo, Junio de 2008, http://www.surjournal.org/esp/conteudos/getArtigo8.php?artigo=8,artigo_cavallaro.htm

CAVALLARO, James L. y SCHAFFER, Emily J., Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas, en: *Hastings Law Journal* N°56, diciembre 2004, pp. 217-281.

----- Rejoinder: Justice before Justiciability: Inter.-American Litigation and Social Change; en *New York University Journal of International Law and Politics* Vol. 39, 2006, pp. 345 ss.

CEJIL, *Aportes para la selección de miembros de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos*, Documento de Coyuntura N°1, San José, 2005.

----- *Evaluación del Estatuto del mecanismo de seguimiento de la implementación de la Convención de Belém do Pará*, 2005.

----- *Aportes para la reflexión sobre posibles reformas al funcionamiento de la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Documento de Coyuntura N°5, Buenos Aires, 2008.

CERNA, Christina, Reflections on the normative status of the American Declaration of the Rights and Duties of Man, *University of Pennsylvania Journal of International Law* Vol.30, 2009, pp.1211-1237.

COALICIÓN DE ORGANIZACIONES NO-GUBERNAMENTALES ANTE EL SISTEMA INTERAMERICANO, *Plan de acción de las Américas para los derechos humanos: un desafío continental, una empresa conjunta*, 2000.

COSGROVE, Michael F., Protecting the Protectors: Preventing the Decline of the Inter.-American System for the Protection of Human Rights; en: *Case Western Reserve Journal of International Law* Vol. 32, 2000, pp. 39-77.

COX, Francisco, Analyzing the Inter-American Commission on Human Rights Under Three Theories of Compliance, en: *Revista IIDH*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, julio-diciembre 1998, pp. 11-37.

COURTIS, Christian, La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en: Christian Courtis, Denise Hauser y Gabriela Rodríguez, *Protección Internacional de Derechos Humanos: Nuevos Desafíos*, Editorial Porrúa/ITAM, Ciudad de México, 2005, pp.1-66.

CRAWEN, Matthew, Economic, Social and Cultural Rights; en: David Harris y Stephen Livingstone (eds), *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford University Press, Nueva York, 1998, pp. 297-306.

CUÉLLAR MARTÍNEZ, Benjamín, Capítulo sobre El Salvador, en: VV.AA., *Víctimas sin Mordaza (el impacto del sistema interamericano en la justicia transicional*

en *Latinoamérica: los casos de Argentina, Guatemala, El Salvador y Perú*), Fundación Debido Proceso Legal y The United States Institute of Peace, México, 2007, pp.53-100.

DE GREIFF, Pablo, El esclarecimiento de la verdad, la confianza cívica y la norma de derecho; en: *Revista Tribuna Americana* N°6: Justicia en Procesos de Transición Política, Casa de América, Madrid, Primer Semestre 2006, pp. 16-31.

DUHAIME, Bernard, Strengthening the protection of human Rights in the Americas: A role for Canada?, en Serrano, Mónica y Popovski, Vesselin (eds.), *Human Rights Regimes in the Americas*, United Nations University Press, Nueva York, 2010, pp.84-113.

DULITZKY, Ariel, La duración del procedimiento: responsabilidades compartidas, en: Juan Méndez y Francisco Cox (eds.), *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, IIDH, San José de Costa Rica, 1998, pp. 363-389.

----- Los Pueblos Indígenas: Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, en: *Revista IIDH* N°26, 1997, pp.137 ss.

----- Alcance de las obligaciones internacionales de los derechos humanos, en: Claudia Martin, Diego Rodríguez-Pinzón y José A. Guevara B. (Compiladores), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Universidad Iberoamericana Ciudad de México, Washington College of Law American University y Distribuciones Fontamara, Ciudad de México, 2004, pp.79-117.

----- 50 Años del sistema interamericano de derechos humanos: una propuesta de reflexión sobre cambios estratégicos necesarios, *Revista IIDH* N°46, Junio-Diciembre 2007, pp- 33-42.

FARER, Tom, The Future of the Inter-American Commission on Human Rights: Promotion versus Exposure; en: Juan Méndez y Francisco Cox, *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998, pp.515-536.

----- The OAS at the Crossroads: Human Rights, en: *Iowa Law Review*, Vol. 72, 1987, pp. 401-413.

----- The Rise of the Inter.-American System: No longer a Unicorn, Not Yet an Ox; en: *Human Rights Quarterly* N°19, 1997, pp. 510-546.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano; en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso, DESC, libertad personal y libertad de expresión*, Tomo II, San José de Costa Rica, 2007, pp. 91-180.

FRASER, Auro, From Forgotten through Friction to the Future: the Evolving Relationship of the Anglophone Caribbean and the Inter-American System of Human Rights, en: *Revista IIDH* N°43, enero - junio 2006, pp.207-237.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El amplio horizonte de las Reparaciones en la Jurisprudencia Interamericana de Derechos Humanos*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2962/11.pdf>, 2011.

GÓMEZ ISA, Felipe, La Protección Internacional de los Derechos Humanos; en: Felipe Gómez Isa y José Manuel Pureza (eds.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Humanitarian Net/Universidad de Deusto, 2003, pp.23-60.

GONZÁLEZ, Felipe, Hacia la derogación de las normas de desacato en Chile; en: Felipe González (Ed.), *Libertad de Expresión en Chile*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2006, pp.199-241.

GONZÁLEZ, Felipe, RODRÍGUEZ, Diego y SALAZAR, Katya, Derechos Humanos y Organización de Estados Americanos 1995-1996, en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas* N°56, 1996, pp.25-39.

GOLDMAN, Robert K., Historia y Acción: el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el papel de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en: Ana Corrubias Velasco y Daniel Ortega Nieto (comps.), *La Protección Internacional de los Derechos Humanos y el papel de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: un reto en el siglo XXI*, El Colegio de México, Centro de Estudios Internacionales, México, 2007, pp.109-148.

----- Leyes de Amnistía y Derecho Internacional: un caso concreto, en: Commission nationale consultative des droits de l'homme y Comisión Internacional de Juristas (eds.), *No a la Impunidad, sí a la justicia (Encuentro Internacional sobre la impunidad de los autores de violaciones graves a los derechos humanos)*, Ginebra, 1992, pp. 217-231.

GROSSMAN, Claudio, Disappearances in Honduras: the need for direct victim representation in human rights litigation, en: *The Hastings International and Comparative Law Review* Vol. 15.3, 1992, pp. 363-389.

----- *Palabras del Presidente de la CIDH, Decano Claudio Grossman, en la Inauguración del 95° Período Ordinario de Sesiones de la CIDH*, Washington, D.C., 24 de febrero de 1997; en: Méndez, Juan E. y Cox, Francisco (eds.), *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998, pp. 155-166.

----- Strengthening the Inter-American Human Rights System: the current debate, en: *American Society of International Law Proceedings*, 1998, pp. 186-192.

HANNUM, Hurst, The Protection of Indigenous Rights in the Inter-American System, en: David Harris y Stephen Livingstone (eds.), *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford University Press, Nueva York, 1998, pp. 323-343.

INSULZA, José Miguel, 60 Aniversario de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; en: *Revista IIDH* N°46, Junio-Diciembre 2007, pp.13-17.

INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL, COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (PERÚ), CELS Y FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL, *Comentarios sobre las propuestas de reforma al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, s/f.

INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW GROUP, *Making Rights Real in the Americas: A Call to the United States to Ratify the American Convention on Human Rights*, Washington, D.C., 1994.

KRSTICEVIC, Viviana, Mecanismos internacionales para la protección de los derechos humanos de las mujeres, en VV.AA., *Protección internacional de los derechos humanos de las mujeres*, primer curso taller, IIDH - Cladem, San José de Costa Rica, 1996.

----- La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano; en: VV.AA., *Construyendo una Agenda para la Justiciabilidad de los Derechos Sociales*, CEJIL, San José de Costa Rica, 2004, pp. 145-199.

LUTZ, Ellen, Responses to Amnesties by the Inter-American System of Protección of Human Rights; en: David Harris y Stephen Livingstone (eds), *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford University Press, Nueva York, 1998, capítulo 11.

LYON, Beth, The Inter-American Court of Human Rights Defines Unauthorized Migrant Workers Rights for the Hemisphere: a Comment on Advisory Opinion 18; en: *New York University Review of Law and Social Change*, Vol. 28, 2003-2004, pp.547-596.

MALAMUD-GOTI, Jaime, Transitional Governments in the Breach: Why Punish State Criminals; en: *Human Rights Quarterly* Vol. 12, 1990, p. 1-16.

----- State Terror and Memory of What?, en: *University of Arkansas Law Review* Vol. 21, 1998, pp. 107-118.

MEDINA, Cecilia, The Role of Country Reports in the Inter-American System of Human Rights, en: Harris, David y Livingstone, Stephen (eds.), *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford University Press, Nueva York, 1998, pp.115-131.

----- Toward Effectiveness in the Protection of Human Rights in the Americas; en: *Transnational Law & Contemporary Problems*, Journal of the University of Iowa College of Law, Vol.8.2, 1999, pp.337-358.

----- The Inter-American Commission on Human Rights and Women, with Particular Reference to Violence, en Monique Castermans-Holleman, Fried van Hoof & Jacqueline Smith (eds.), *The Role of the Nation-State in the 21st Century: Human Rights, International Organisations and Foreign Policy*, Kluwer Law International, La Haya, 1998, pp. 117-134.

MELISH, Tara, Rethinking the Less as More Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas; en: *New York University Journal of International Law and Politics* Vol. 39, 2006, pp. 171 ss.

MÉNDEZ, Juan E., In Defense of Transitional Justice; en A. James McAdams, (ed.), *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, University of Notre Dame Press, 1997, pp. 1-26.

----- Accountability for Past Abuses, en: *Human Rights Quarterly* Vol. 19, 1997, pp. 255-282.

----- Una aproximación crítica a la interpretación vigente de los Artículos 50 y 59 de la Convención; en Méndez y Cox, *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1998, pp.241-260.

MÉNDEZ, Juan E. y DULITZKY, Ariel, Medidas Cautelares y Provisionales; en: Christian Courtis, Denise Hauser y Gabriela Rodríguez, *Protección Internacional de Derechos Humanos: Nuevos Desafíos*, Editorial Porrúa/ITAM, Ciudad de México, 2005.

MÉNDEZ, Juan E. y VIVANCO, José Miguel, Disappearances and the Inter-American Court: Reflections on a litigation experience, en: *Hamline Law Review* Vol. 13.3, Verano 1990, pp. 507-577.

MILÁ MORENO, José, El Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, en: Felipe Gómez Isa y José Manuel Pureza (eds.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Humanitarian Net/Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, pp. 185-213.

MOYER, Charles y PADILLA, David, Executions in Guatemala as Decreed by the Courts of Special Jurisdiction in 1982-83: A Case Study; en: *Human Rights Quarterly* Vol. 6, 1984, pp. 507-520.

NEUMANN, Gerald L, Import, Export and Regional Consent at the Inter-American Court of Human Rights, en: *The European Journal of International Law*, Vol.19 N°1, 2008, pp.101-123.

NIKKEN, Pedro, Perfeccionar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos sin Reformar el Pacto de San José; en Méndez, Juan E. y Cox, Francisco (eds.), *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998, pp. 25-41.

----- Análisis de las definiciones conceptuales básicas para la aplicación de los mecanismos de defensa colectiva de la democracia previstos en la Carta Democrática Interamericana, *Revista IIDH* N°43, 2006, pp.13-53.

NINO, Carlos, The Duty to Prosecute Past Abuses of Human Rights Put into Context, en: *Yale Law Journal*, Vol. 100,1991, pp. 2619-2640.

OLEA, Helena, Los derechos humanos de las personas migrantes: respuestas del Sistema Interamericano; en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los derechos de las poblaciones migrantes, las mujeres, los pueblos indígenas y los niños, niñas y adolescentes*, San José, 2004, pp. 11-90.

ORENTLICHER, Diane F., Settling Accounts: The Duty To Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime, *Yale Law Journal*, Vol. 100, 1991, pp. 2539-2618.

----- A Reply to Professor Nino, *Yale Law Journal*, Vol. 100, 1991, pp.2641-2643.

OTTO, Dianne, Nongovernmental Organizations in the United Nations System: The Emerging Role of the International Civil Society, *Human Rights Quarterly* Vol.18, 1996, pp.107-141.

PASQUALUCCI, Jo M., The Whole Truth and Nothing but the Truth: Truth Commissions, Impunity and the Inter-American Human Rights System; en: *Boston University International Law Journal*, Vol. 12, 1994, pp. 321-370.

----- The Inter-American Human Rights System, Establishing Precedents and Procedure in Human Rights Law, en: *Inter-American Law Review*, Vol. 26:2, 1994-1995, pp. 297-361.

----- Preliminary Objections before the Inter-American Court of Human Rights: Legitimate Issues and Illegitimate Tactics, en: *Virginia Journal of International Law*, Vol.40, 1999, pp.1-114.

----- Advisory Practice of the Inter-American Court of Human Rights: Contributing to the Evolution of International Human Rights Law, en: *Stanford Journal of International Law*, Vol.38, 2002, pp.241-288.

----- Interim Measures in International Human Rights: Evolution and Harmonization; en: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 38, 2005, pp. 1-49.

----- The Right to a Dignified Life (Vida Digna): The integration of economic and social rights with civil and political rights in the Inter-American human Rights System; en: *Hastings International and Comparative Law Review*, N°31, Invierno 2008, pp. 1 ss.

PEÑA, Carlos, Hacia una caracterización del ethos legal: de nuevo sobre la cultura jurídica; en: VV.AA., *Evolución de la Cultura Jurídica Chilena*, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago, 1994.

PINTO, Mónica, Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano, en *Revista IIDH* N°40, San José de Costa Rica, 2004, pp. 26-86.

----- El principio *pro homine*: criterios hermenéuticos y pautas para la regulación de los derechos humanos; en: Martín Abregú y Christian Courtis (comps.),

La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales, Ediciones del Puerto-CELS, Buenos Aires, 1997, pp.163-171.

QUESADA, Carlos, La Convención Interamericana contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia: un oportunidad de aporte para la sociedad civil; en: *Revista CEJIL* N°2, septiembre de 2006, pp.136-142.

REISMAN, Michael, Practical Matters for Consideration in the Establishment of a Regional Human Rights Mechanism: Lessons from the Inter-American Experience, en *Saint Louis-Warsaw Transatlantic Law Journal* Vol.89, 1995, pp.89-101.

RIGHTS AND DEMOCRACY, *Brief to the Canadian Government regarding ratification by Canada of the American Convention on Human Rights (ACHR)*, Quebec, 19 de mayo 2000.

RODRÍGUEZ MANZO, Graciela y CANO LÓPEZ, Luis Miguel, Acceso a la información y democracia: medidas cautelares en torno a acceso a las boletas de la elección presidencial de 2006 en México; en: *Revista CEJIL* N°4, Diciembre 2008, pp.1-9.

RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego, The ‘Victim’ Requirement, the Fourth Instance Formula and the Notion of ‘Person’ in the Individual Complaint Procedure of the Inter-American Human Rights System, en: *ILSA Journal of International Law & Comparative Law*, Vo.7, N°1, 2001, pp.373ss.

----- La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en: Martin, Claudia; Rodríguez-Pinzón, Diego y Guevara, José Antonio (Comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Capítulo VI, Universidad Iberoamericana – Washington College of Law American University – Distribuciones Fontanara, México, 2004.

ROTH-ARRIAZA, Naomi, Truth Commissions and Amnesties in Latin America: The Second Generation; *American Society of International Law Proceedings*, 1-4 de abril, 1998.

ROSSI, Julieta y ABRAMOVICH, Víctor, La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en: Martin, Claudia; Rodríguez-Pinzón, Diego y Guevara, José Antonio (Comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Capítulo VI, Universidad Iberoamericana – Washington College of Law American University – Distribuciones Fontanara, México, 2004, pp. 457-478.

SALVIOLI, Fabián, Los desafíos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos; en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, Vol. V, San José, 1996, pp. 227-265.

SCHÖNSTEINER, Judith, Alternative appointment procedures for the commissioners and judges in Inter-American System of Human Rights; en: *Revista IIDH* N°46, Junio-Diciembre 2007, pp.195-215.

----- Hacia mayor seguridad jurídica en la protección regional de los derechos humanos: las reformas procesales en el sistema interamericano; en: *Anuario de Derecho Público 2010*, Universidad Diego Portales, Santiago, 2010, pp.291-318.

SEPÚLVEDA CARMONA, Magdalena, La supuesta dicotomía entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales a la luz de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, en: Christian Courtis, Denise Hauser y Gabriela Rodríguez Huerta, *Protección Internacional de Derechos Humanos: Nuevos Desafíos*, Editorial Porrúa/ITAM, Ciudad de México, 2005, pp. 277-318.

SERNA, Pedro, La llamada ‘censura previa judicial’ y el Derecho Constitucional argentino: consideraciones a partir de la constitucionalización de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en: *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Pedro Fix-Zamudio, *Liber Amicorum*, San José de Costa Rica, 1998, pp.1415-1436.

SHANY, Yuval, Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?, en: *European Journal of International Law* Vol. 16, 2005, pp.907-940.

SHESTACK, Jerome, Sisyphus Endures: The International Human Rights NGO, *New York Law School Law Review*, Vol. 24, 1978, pp.89 ss.

STANDAERT, Patricia, The Friendly Settlement of Human Rights Abuses in the Americas; en: *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol.9, 1999, pp. 519-542.

TANNER, Lauri R., Interview with Judge Antonio Cançado Trindade, Inter-American Court of Human Rights, *Human Rights Quarterly* Vol.31, 2009, pp.985-1005.

TEITEL, Ruti, Transitional Jurisprudence: The Role of Law in Political Transformation; en: *Yale Law Journal*, Vol.106, 1997, pp. 2009-2080.

TITTEMORE, Brian, The Mandatory Death Penalty in the Commonwealth Caribbean and the Inter-American Human Rights System: an Evolution in the Development and Implementation of International Human Rights Protections, *William & Mary Bill of Rights Journal* Vol.13, 2004, pp.445-520.

----- The Dann Litigation and International Human Rights Law: the proceedings and decision of the Inter-American Commission on Human Rights, *American Indian Law Review* Vol.31, 2006-2007, pp.593ss.

VAN HOOFF, Fried, intervención en Seminario recogida en: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Seminario sobre el Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos*, Washington, D.C., 1996, pp. 69-70.

VARGAS CARREÑO, Edmundo, Intervención del Representante de Chile durante la Sesión Ordinaria del Consejo Permanente de la OEA, 27/11/1996; en: Méndez, Juan E. y Cox, Francisco (eds.), *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998, pp. 43-50.

VENTURA ROBLES, Manuel, Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales; en: *Revista IIDH* N°40, San José de Costa Rica, 2004, pp.88-131.

----- La Corte Interamericana de Derechos Humanos: camino hacia un tribunal permanente; en: Cançado Trindade, António Augusto y Ventura Robles, Manuel E., *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Corte Interamericana de Derechos Humanos/ACNUR, 2ª Edición Actualizada y Ampliada, San José de Costa Rica, 2004, pp.117-170.

----- El acceso directo de la víctima a la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un ideal y una lucha de António A. Cançado Trindade; en: Antonio Augusto Cançado Trindade y Manuel E. Ventura Robles, *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2ª Edición Actualizada y Ampliada, Edición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y UNHRC/ACNUR, San José de Costa Rica, 2004, pp. 207-265.

WEINER, Robert, Trying to Make Ends Meet: Reconciling the Law and Practice of Human Rights Amnesties; en: *Saint Mary's Law Journal* N°26, 1995, pp.857 ss.

WEISSBRODT, David y BARTOLOMEI, Maria Luisa, The Effectiveness of International Human Rights Pressures: The Case of Argentina, 1976-1983, en: *Minnesota Law Review* Vol.75, 1991, pp. 1009-1035.

YOUNG, Katharine, The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content; en: *Yale Journal of International Law*, Vol. 33 N°1, Invierno 2008, pp.113-175.

ZALAUQUETT, José, Confronting Human Rights Violations Committed by Former Governments: Applicable Principles and Political Constraints; en: *Hamline Law Review*, Volumen 13 N° 3, Verano 1990, pp. 623-660.

----- *Procesos de Transición a la Democracia y Derechos Humanos en América Latina*; www.publicaciones.cdh.uchile.cl/articulos/zalauquett/IIDH_paper_final.pdf

DOCUMENTACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

RESOLUCIONES E INFORMES TEMÁTICOS Y DE PAÍSES

Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Cuba, 20 de marzo de 1962.

Primer Informe sobre las medidas orientadas al perfeccionamiento y eficacia de los derechos a la libertad de investigación, de opinión, de expresión y de difusión del pensamiento (OEA Ser.L/V/II.2, Doc. 15, de 21 de abril de 1961).

Segundo Informe sobre Libertad de Expresión, Información, e Investigación (OEA/Ser.L/V/II.4, Doc. 4, de 27 de marzo de 1962).

Proyecto de Convención sobre Libertad de Expresión, Información e Investigación (OEA/ Ser.L/V/II .8, Doc. 15, de 18 de octubre de 1963).

Informe sobre la labor desarrollada durante su Décimo Período de Sesiones, 12 al 26 de marzo de 1965, OEA/Ser.L/V/II.11Doc.19 (Español), 2 julio 1965.

Informe sobre la actuación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la República Dominicana, 15 de octubre de 1965.

Informe sobre la situación de los derechos humanos en Haití, 21 de mayo de 1969.

Resolución sobre la protección especial para los pueblos indígenas, 28 de diciembre de 1972, OEA/Ser.P, AG/doc. 305/73, rev. 1 (1973).

Anteproyecto del Reglamento, documento de trabajo preparado por la Secretaría Ejecutiva, OEA/Ser. L/V/II.49, 27 de marzo de 1980.

Anteproyecto del Reglamento, documento de trabajo preparado por la Secretaría Ejecutiva, OEA/Ser. L/V/II.49 doc 6 rev.2, 1 de abril de 1980.

Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República de Nicaragua, OEA/Ser.L/V/II.53/Doc. 25, 30 de junio de 1981.

Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República de Guatemala, OEA/Ser.L/V/II.53/Doc. 21 rev. 2, 13 de octubre de 1981.

Diez Años de Actividades (1971-1981), 1982.

La Situación de los Derechos Humanos en Cuba: Séptimo Informe, OEA/Ser.L/V/II.61/ Doc.29 rev. 1, 4 octubre 1983.

Informe sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen Miskito, 16 de mayo 1984.

Resolución No. 17/84 Caso No. 9178 (Costa Rica) OEA/Ser. L/V/II. 63, doc. 15, 2 de octubre de 1984.

Resolución N°12/85, Caso 7.615 (Brasil), 5 de marzo de 1985.

Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Surinam, OEA/Ser.L/V/II.66/Doc. 21 rev. 1, 2 octubre 1985.

Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en: Informe Anual Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994, pp. 209 ss.

Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 26 de febrero de 1997; en: CIDH, Informe Anual 1996.

Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil, 29 de septiembre de 1997

Informe sobre la situación de los derechos humanos en México, 24 de septiembre de 1998.

Condición de la Mujer en las Américas, 13 de octubre 1998.

La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas, 20 de octubre 2000.

Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, 9 de marzo 2001.

Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, 22 de octubre de 2002.

Informe sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela, 2 de marzo de 2003.

Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez: el derecho a no ser objeto de violencia y discriminación, 7 de marzo de 2003.

Justicia e Inclusión Social: los Desafíos de la Justicia en Guatemala, 29 de diciembre de 2003.

Informe sobre el Proceso de Desmovilización en Colombia, 13 de diciembre de 2004.

Haití: ¿Justicia frustrada o Estado de Derecho? Desafíos para Haití y la Comunidad Internacional, 26 de octubre de 2005.

Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia (2006).

Resolución No 1/06

Informe sobre la Situación de los Defensores y Defensoras de los Derechos Humanos en las Américas, 7 de marzo 2006.

Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia, 18 de octubre 2006.

Acceso a la justicia para las Mujeres víctimas de violencia en las Américas, 20 de enero de 2007.

Acceso a la justicia e Inclusión Social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia, 28 de junio de 2007.

El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales: estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 7 de septiembre de 2007.

Informe sobre la Implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, 2 de octubre de 2007.

Seguimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Proceso de Desmovilización de las AUC en Colombia: Compendio de Documentos Publicados (2004-2007).

Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre su visita a Haití en abril de 2007, 2 de marzo de 2008.

Lineamientos para la Elaboración de Indicadores de Progreso en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 19 de julio de 2008.

Lineamientos principales para una política integral de reparaciones (2008).

La Infancia y sus Derechos en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, 2009.

Comunicado de Prensa de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 02/09, de 27 de enero de 2009.

Informe sobre la visita al terreno en relación con las medidas provisionales ordenadas a favor de los miembros de las comunidades constituidas por el Consejo Comunitario del Jiguamiandó y las familias del Curbaradó, Municipio de Carmen del Darién, Departamento del Chocó, República de Colombia, 20 de febrero de 2009.

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión*, 25 de febrero 2009.

Observaciones Preliminares de la CIDH tras la visita del Relator sobre los Afrodescendientes y contra la Discriminación Racial a la República de Colombia, 27 de marzo 2009.

Informe sobre los derechos de las mujeres en Chile: la igualdad en la familia, el y trabajo y la política, 27 de marzo 2009.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos condena enérgicamente golpe de Estado en Honduras, Comunicado de Prensa 42/09, 28 de junio de 2009.

CIDH solicita visitar Honduras, otorga medidas cautelares y pide información, Comunicado de Prensa 45/09, 30 de junio de 2009.

Informe sobre el castigo corporal y los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes, 5 de agosto 2009.

Comunidades Cautivas: situación del pueblo indígena guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia, 24 de diciembre 2009.

Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales (normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos), 30 de diciembre de 2009.

Honduras: Derechos Humanos y Golpe de Estado, 30 de diciembre 2009.

Democracia y Derechos Humanos en Venezuela, 30 de diciembre de 2009.

Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos, 31 de diciembre de 2009.

Observaciones Preliminares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre su Visita a Honduras realizada del 15 al 18 de mayo de 2010.

Acceso a los Servicios de Salud Materna desde una perspectiva de derechos humanos, 7 de junio 2010.

Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso, 30 de diciembre de 2010.

CASOS

Caso 2137 (Argentina), Testigos de Jehová, 18 de noviembre de 1978.

Informe N°3/87, Caso N° 9647 (Estados Unidos)

Clifton Wright (Jamaica), Caso 9260, Resolución N°29/88 de 14 de septiembre de 1988.

Resolución N° 1/90, elaborada a partir de los casos N° 9768, 9780 y 9828 (México), 17 de mayo de 1990.

Informe 34/91, Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, Argentina, Sobre los efectos de las Leyes N°s 23.492 y 23.521 y Decreto N° 1002/89.

Informe 35/91, Casos 10.029, 10.036, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.375, Uruguay, Sobre los Efectos de la Ley N° 15.848.

Informe 26/92, Caso 10.287 (El Salvador), 24 de septiembre de 1992.

Informe N° 28/92, Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311 (Argentina), 2 de octubre de 1992.

Informe N° 29/92 (Uruguay), Casos 10.029, 10.036, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.375, 2 de octubre de 1992.

Informe Anual 1992-93, Informe N° 1/93, sobre solución amistosa respecto de los casos 10.288, 10.310, 10.436, 10.496 10.631 y 10.771, 3 de marzo de 1993.

Caso 11.102, 20 de septiembre de 1994.

Caso N°10.325, Steve Clark (Grenada), Informe N°2/96.

Informe 12/96, Caso 11.245, Jorge Alberto Giménez (Argentina), 1° de marzo de 1996.

Caso 11.230, Francisco Martorell (Chile), Informe N° 11/96, 3 de mayo de 1996.

Informe de Fondo 34/96, Casos 11.228, 11.229, 11.231 y 11.282 (Chile), 15 de octubre de 1996.

Caso Santiago Marzióni (Argentina), Informe 39/96 (Caso 11.673), 15 de octubre de 1996.

Informe de Fondo 36/96, Caso 10.843 (Chile), de 15 de octubre de 1996.

Caso N°10.548, Hernán Bustíos Saavedra (Perú), Informe 38/97.

Informe de Fondo 25/98, Casos 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.585, 11.595, 11.652, 11.657, 11.675 y 11.705, 7 de abril de 1998.

Caso 11.739, Héctor Félix Miranda (México), Informe N° 50/99.

Caso 11.740, Víctor Manuel Oropeza (México), Informe 130/99.

Informe de Fondo 1/99, Caso 10.480 (El Salvador), 27 de enero de 1999.

Informe N°52/00, Casos 11.830 y 12.038, Trabajadores Cesados del Congreso de la República, Perú, 15 de junio de 2000.

Informe N°4/01, Caso 11.625, María Eugenia Morales de Sierra (Guatemala), 19 de enero de 2001.

Informe N°44/01, Caso 11.016, Emilio Moisés y Rafael Samuel Gómez Paquiyauri, Perú, 5 de marzo de 2001.

Informe N°54/01, Caso 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes (Brasil), 16 de abril de 2001.

Caso de Milton García Fajardo y Otros con Nicaragua (Caso 11.381, Informe N°100/01, 16 de abril de 2001).

Informe N°75/02, Caso 11.140, Fondo, Mary y Carrie Dann, Estados Unidos, 27 de diciembre de 2002.

Informe N° 51/03, Petición 11.819, Admisibilidad, Christian Daniel Domínguez Domenichetti, Argentina, 24 de octubre de 2003.

Informe N°16/05, Petición 281-02, Admisibilidad, Claudia Ivette González (México), 24 de febrero de 2005.

Informe N°17/05, Petición 282-02, Admisibilidad, Esmeralda Herera Monreal (México), 24 de febrero de 2005.

Informe N°18/05, Petición 283-02, Admisibilidad, Laura Berenice Ramos Monarres (México), 24 de febrero de 2005.

Caso 12.142 , Alejandra Marcela Matus Acuña (Chile), Informe N°90/05.

Informe N°37/05, Inadmisibilidad, Petición 11.433, Benjamín Guerra Duarte, Nicaragua, 9 de marzo de 2005.

Informe N°11/07, Caso Interestatal 01/06, Nicaragua c. Costa Rica, 8 de marzo de 2007.

Caso 12.534, Admisibilidad y Fondo, Andrea Mortlock (EE.UU.), 25 de julio 2008.

Informe N°27/09, Caso 12.249, Caso Jorge Odir Miranda Cortez y Otros (El Salvador), 20 de marzo de 2009.

Informe 86/09, Caso 12.553, Jorge, José y Dante Peirano (Uruguay), 6 de agosto de 2009.

Informe N°81/10, Caso 12.562, Wayne Smith, Hugo Armendáriz y Otros (Estados Unidos), 12 de julio de 2010.

Caso12.502, Karen Atala e hijas vs. Chile, Demanda presentada ante la Corte Interamericana el 17 de septiembre de 2010.

Informe 112/10 (petición interestatal Ecuador vs. Colombia), de 21 de octubre de 2010.

Informe 165/11, Petición 492-08, Inadmisibilidad, Rafael Rodríguez Castañeda (México), 2 de noviembre de 2011.

MEDIDAS CAUTELARES

Medida Cautelar 124-00, Comunidades Indígenas Mayas y sus miembros/ Belice, 20 de octubre de 2000.

Medida Cautelar 204-01, Comunidad Indígena Yakye Axa del Pueblo Enxet-Lengua / Paraguay, 26 de septiembre de 2001.

Medida Cautelar 155-02, Doce Clanes Saramaka / Surinam, 8 de agosto de 2002.

MC-276-02, Wilson García Asto /Perú, 4 de abril de 2002.

MC-395-02, Francisco Chaviano González /Cuba, 6 de diciembre de 2002.

Medida Cautelar 402-02, Mercedes Julia Huenteao y otras / Chile, 1 de agosto de 2003.

Medida Cautelar, Detenidos en Guantánamo /Estados Unidos, 12 de marzo 2002.

Medida Cautelar de 17 de diciembre de 2003 (Hospital Neuropsiquiátrico de Asunción, Paraguay).

MC-612-03, Mariano Bernal Fragoso /México, 11 de septiembre de 2003.

MC- 1018-04, Luis Miguel Sánchez Aldana /Surinam, 11 de noviembre de 2004

MC-148-05, Luis Williams Pollo Rivera /Perú, 27 de julio de 2005.

Medida Cautelar 253-05, Comunidad Garífuna de Triunfo de la Cruz / Honduras, 28 de abril 2006.

Medida Cautelar 304-05, Comunidad Garífuna de San Juan / Honduras, 7 de julio de 2006.

Medida Cautelar 265/07, MAA y sus hijas /México, 12 de febrero de 2008.

Medida Cautelar 102-08, Rafael Rodríguez Castañeda /México, 3 de julio 2008.

Medida Cautelar 236-08, Personas Privadas de Libertad en la Penitenciaría Polinter-Neves /Brasil, 1 de junio de 2009.

Medida Cautelar 277-07, Pacientes del Hospital Neuropsiquiátrico /Paraguay, 29 de julio de 2008.

Medida Cautelar 10-09, Wong Ho Wing / Perú, 31 de marzo de 2009.

Medida Cautelar 196-09, Patricia Rodas y Otros /Honduras, 28 de junio de 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

OPINIONES CONSULTIVAS

“Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte, Opinión Consultiva OC 1-82, del 24 de septiembre de 1982.

Restricciones a la pena de muerte (arts.4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983.

Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84, 19 de enero de 1984.

La Colegiación Obligatoria de Periodistas, Opinión Consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985.

Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-7/86, de 29 de agosto de 1986.

El habeas corpus bajo suspensión de garantías, Opinión Consultiva OC-8/87, 30 de enero de 1987.

Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, Opinión Consultiva OC-9/87, de 6 de octubre de 1987.

Opinión Consultiva OC-10/89, Interpretación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14 de julio de 1989.

Opinión Consultiva N°11, OC-11/90, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos* (arts. 46.1, 46.2. a y 46.2.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), 10 de agosto de 1990.

Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva 13, de 16 de julio de 1993.

Opinión Consultiva OC-14/94, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención* (Arts.1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), 9 de diciembre de 1994.

Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículo 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-15/97, de 14 de noviembre de 1997.

Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002.

Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003.

Opinión Consultiva OC-19/05, Solicitada por la República Bolivariana de Venezuela, *Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos), 28 de noviembre de 2005.

Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009.

CASOS

Asunto de Viviana Gallardo y otras, N° G 101/81.

Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987.

Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de Fondo, 29 de julio de 1988

Caso Godínez Cruz, Sentencia de Fondo, 20 de enero de 1989.

Caso Aloeboetoe y Otros vs. Surinam, Sentencia de Fondo, 4 de diciembre de 1991.

Caso Caballero Delgado y Santana, Excepciones Preliminares, sentencia de 21 de enero de 1994.

Caso Caballero Delgado y Santana, sentencia de Fondo, 8 de diciembre de 1995.

Caso Loayza Tamayo, Excepciones Preliminares, Sentencia de 31 de enero de 1996.

Caso Loayza Tamayo, Sentencia de Fondo, de 17 de septiembre de 1997.

Caso Castillo Páez, Sentencia de 3 de noviembre de 1997.

Caso Suárez Rosero, Sentencia de 12 de noviembre de 1997.

Caso Blake, Sentencia de 24 de enero de 1998.

Caso Paniagua Morales y otros, Sentencia de 8 de marzo de 1998.

Caso Castillo Petruzzi y Otros, Excepciones Preliminares, Sentencia de 4 de septiembre de 1998.

Caso Castillo Petruzzi y Otros, Fondo, Sentencia de 30 de mayo de 1999.

Caso Ivcher Bronstein, Competencia, Sentencia de 24 de septiembre de 1999.

Caso del Tribunal Constitucional, Competencia, Sentencia de 24 de septiembre de 1999.

Caso Cesti Hurtado. Sentencia de 29 de septiembre de 1999.

Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, sentencia de 19 de noviembre de 1999.

Caso Las Palmeras, Excepciones Preliminares, Sentencia de 4 de febrero de 2000.

Caso Bámaca Velásquez, Sentencia de 25 de noviembre de 2000.

Caso del Tribunal Constitucional, sentencia de 31 de enero de 2001.

Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Sentencia de 2 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y Otros contra Chile), sentencia de 5 de febrero de 2001.

Caso Ivcher Bronstein, Sentencia de Fondo, 6 de febrero de 2001.

Caso Barrios Altos, Sentencia de 14 de marzo de 2001.

Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, sentencia de 31 de agosto de 2001.

Caso Cantos, Sentencia de 28 de noviembre de 2002.

Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú. Sentencia de 28 de febrero de 2003.

Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2004.

Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, Sentencia de 31 de agosto de 2004.

Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004.

Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname, sentencia de 15 de junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de junio de 2005.

Caso de las Niñas Yean y Bosico v/s República Dominicana, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de septiembre de 2005.

Caso Humberto Palamara Iribarne vs. Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005.

Caso Acevedo Jaramillo y Otros, sentencia de 7 de febrero de 2006.

Caso Claude Reyes y Otros vs. Chile, sentencia de 19 de septiembre de 2006.

Caso Agustín Goiburú y Otros vs. Paraguay, Sentencia de 22 de septiembre de 2006,

Caso Almonacid Arellano, Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Perú, Sentencia de 24 de noviembre de 2006.

Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2006.

Caso “Masacre de La Rochela” vs. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 11 de mayo de 2007.

Caso Kimel vs. Argentina, Sentencia de 2 de mayo de 2008.

Caso Juan Carlos Apitz Barbera y Otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo vs. Venezuela”), Sentencia de 5 de agosto de 2008 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

Caso Tristán Donoso vs. Panamá, Sentencia de 27 de enero de 2009.

Caso Acevedo Buendía y Otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú, Sentencia de 1 de julio de 2009.

Caso González y Otras vs. México (“Campo Algodonero”), Sentencia de 16 de noviembre de 2009.

Caso Vélez Loor vs. Panamá, sentencia de 23 de noviembre de 2010.

Caso Gomes Lund y Otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, sentencia de 24 de noviembre de 2010.

Caso Gelman vs. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones)

MEDIDAS PROVISIONALES

Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bustíos-Rojas (Perú), resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de junio de 1990.

Medidas Provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de Guatemala, Caso Chunimá, resolución del 1º de agosto de 1991.

Medidas Provisionales (Compendio), 1987-1996, Serie E Nº1.

Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 25 de septiembre de 1999, Medidas provisionales ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República de Trinidad y Tobago, Caso James y otros.

Medidas Provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República Dominicana, Caso de Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana, Resolución de 18 de agosto de 2000.

Medidas Provisionales, Resolución de 7 de septiembre de 2001, Caso Mauricio Herrera Ulloa.

Serie E: Medidas Provisionales, Compendio 2000-2001 Nº3.

Medidas Provisionales, Comunidad de Paz de San José de Apartadó, Resolución de la Corte de 18 de junio de 2002.

Medidas Provisionales solicitadas por los representantes de las víctimas respecto de la República de Nicaragua, Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, Resolución de 6 de septiembre de 2002.

Medidas Provisionales, Caso de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó, Resolución de 6 de marzo de 2003.

Medidas Provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República de Colombia, Caso Pueblo Indígena Kankuamo, Resolución de 5 de julio de 2004.

Medidas Provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República de Ecuador, Caso Pueblo Indígena de Sarayaku, Resolución de 6 de julio de 2004.

Medidas Provisionales, Asunto Diarios “El Nacional” y “Así es la Noticia”, Resolución de 6 de julio de 2004.

Medidas Provisionales, Asunto de la Emisora de Televisión “Globovisión”, Resolución de 4 de septiembre de 2004.

Medidas Provisionales, Nota de Presidencia CDS-S/1713, de 5 de noviembre de 2004.

Medidas provisionales adoptadas en el asunto de la Penitenciarías de Mendoza (Argentina), Resolución de 22 de noviembre de 2004.

Medidas Provisionales, Caso de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el “Complejo de Tatuapé” de Febem (Brasil), Resolución de 30 de noviembre de 2005.

Fundación de Antropología Forense de Guatemala, Medida Provisional, Resolución del Presidente de 21 de abril de 2006.

Medidas Provisionales, Cárcel de Uribana (Venezuela), Resolución de 2 de febrero de 2007.

Medidas Provisionales, Cárcel de Urso Branco (Brasil), Resolución de 2 de mayo de 2008.

Medidas Provisionales, Asunto de Wong Ho Wing respecto de Perú, Resolución de 28 de mayo de 2010.

RESOLUCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL

AG/RES. 57 (I-O/71).

Resolución 1022 (XIX-89).

Resolución 1610 (XXIX-0/99).

AG/Res. 1712 (XXX-O/00), 5 de junio de 2000.

AG/Res. 1774 (XXXI-O/01), 5 de junio de 2001.

AG/RES. 1833 (XXXI-O-01), 5 de junio de 2001.

AG/RES. 1895 (XXXII-O/02), 4 de junio de 2002

AG/Res. 1905 (XXXII-O/02), 4 de junio de 2002.

AG/Res. 1930 (XXXIII-O/03), 10 de junio de 2003.

AG/Res. 2038 (XXXIV-O/04), de 8 de junio de 2004.

AG/RES. 2074 (XXXV-O/05), “Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador”, 7 de junio de 2005.

AG/Res. 2126 (XXXV-O/05), de 7 de junio de 2005.

AG/RES.2167 (XXXVI-O/06), de 6 de junio de 2006.

AG/RES. 2227 (XXXVI-O/06) Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 6 de junio de 2006.

AG/RES. 2252 (XXXV-O/06), “Acceso a la información pública: Fortalecimiento de la democracia.”

AG/RES. 2262 (XXXVII-O/07), “Protocolo de San Salvador: Composición y Funcionamiento del Grupo de Trabajo para analizar los Informes de los Estados Parte”, 5 de junio de 2007.

AG/RES.2263 (XXXVII-O/07), de 5 de junio de 2007.

AG/RES. 2287 (XXXVII- O/07), Derecho a la Libertad de Pensamiento y Expresión y la importancia de los Medios de Comunicación, 5 de junio de 2007.

AG/RES. 2288 (XXXVII-O/07), Acceso a la información pública: Fortalecimiento de la democracia, 5 de junio de 2007-

AG/RES. 2290 (XXXVII-O/07), Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 5 de junio de 2007.

AG/RES. 2291 (XXXVII-O/07), Fortalecimiento de los Sistemas de Derechos Humanos en seguimiento de los mandatos derivados de las Cumbres de las Américas, 5 de junio de 2007.

AG/RES. 2292 (XXXVII-O/07), de 5 de junio de 2007.

AG/RES 2409(XXXVIII-O/08), Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 3 de junio 2008.

Creación del Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, AG/RES 2426 (XXXVIII-O/08), aprobada el 3 de junio de 2008.

AG/RES. 2451 (XXXIX-O/09), Mecanismo de seguimiento de la implementación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”, de 4 de junio de 2009.

AG/RES. 2522 (XXXIX-O/09), Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 4 de junio de 2009.

AG/RES. 2601 (XL-O/10), Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 8 de junio de 2010.

AG/RES. 2612 (XL-O/10) “Aumento y Fortalecimiento de la Participación de la Sociedad Civil y los Actores Sociales en las Actividades de la Organización de Estados Americanos y en el Proceso de Cumbres de las Américas”, 8 de junio de 2010.

DOCUMENTOS DEL CONSEJO PERMANENTE

OEA/Ser. L./V/II. 1 Doc. 32, 14 marzo 1961.

OEA/Ser.L/V/II. Doc. 24, 10 de agosto 1964.

Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre 1969, OEA/Ser.K/XVI/1.2, Washington, D.C., 1973.

OEA/Ser.G/CP/CAJP-866/92 rev. 2, 15 de abril 1992.

Nota de la Misión Permanente de Nicaragua solicitando la inclusión de un tema relativo a la enmienda de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en el Proyecto de Temario del Vigésimo Tercer Período de Sesiones de la Asamblea General, OEA/Ser.P/AG/CP/doc. 539/93, 20 abril 1993.

Observaciones del Gobierno del Uruguay al Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.G/CP/doc.2376/93, 18 de mayo 1993.

Propuesta de enmienda al artículo 34 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, OEA/Ser.P/AG/doc.2988/93, 8 junio 1993.

Nota de la Misión Permanente del Canadá sobre el estudio de la posibilidad de otorgar status en la OEA a las organizaciones no gubernamentales (ONG), OEA/Ser.G, CP/doc.2486/94, 2 mayo 1994.

Gaviria, César, *Hacia una nueva visión del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*”, OEA/Ser.G/CP/doc.2828/96, 26 noviembre 1996.

Informe Grupo de Trabajo encargado de estudiar la posibilidad de otorgar status a las organizaciones no-gubernamentales (ONG) en la OEA, OEA/Ser.G, CP/CAJP-1156/97, 4 febrero 1997.

OEA/SER.G, CP/RES.759(1217/99), 15 diciembre 1999.

Propuestas del Gobierno de Costa Rica para el fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos (OEA/Ser.G/CP/doc.3407/01, 23 de enero de 2001), Evaluación del funcionamiento del sistema interamericano de su protección y promoción de los derechos humanos para su perfeccionamiento y fortalecimiento (AG/RES. 1828 (XXXI-O-01, 5 de junio de 2001).

CP/RES. 840 (1361/03), 26 de marzo de 2003, Estrategias para incrementar y fortalecer la participación de las organizaciones de la sociedad civil en las actividades de la OEA.

CP/RES. 864 (1413/04), 10 de octubre de 2004, Fondo Específico para Financiar la Participación de las Organizaciones de la Sociedad Civil en las Actividades de la OEA y en el Proceso de Cumbres de las Américas.

Grupo de Trabajo Encargado de Elaborar un Proyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, Informe de la Relatora de la Sesión Especial de Reflexión y Análisis sobre la Naturaleza de una Futura Convención Interamericana contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, OEA/Ser.G/CAJP/GT/RDI/16-05, 5 de diciembre de 2005.

Resultados del Proceso de Reflexión sobre el Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos (2008-2009), OEA/Ser.G, CP/CAJP-2665/08 rev. 8 corr.1, 16 de marzo de 2009.

CP/RES.947 1683/09, de 18 de marzo de 2009.

CP/CISC-422/09 rev.1, 28 de octubre de 2009.

Reglamento para el Funcionamiento del fondo de asistencia legal del sistema interamericano de derechos humanos, OEA CP/RES. 963, adoptada el 11 de noviembre de 2009.

DOCUMENTACIÓN DE OTRAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos), Informe provisional sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos, preparado por el Sr. Guissé y el Sr. Joinet, en cumplimiento de la resolución 1992/23 de la Subcomisión. E/CN.4/Sub.2/1993/6, 19 de julio de 1993.

Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos), Informe final, elaborado y revisado por M. Joinet en aplicación de la decisión 1996/119 de la Subcomisión, E/CN. 4/Sub. 2/1997/20/Rev.1 2 octubre de 1997.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N°1, Presentación de Informes por los Estados Partes, E/1989/22 (1989).

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N°3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes, E/199123, 14 de diciembre de 1990.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N°12, El derecho a una alimentación adecuada, E/C.12/1999/5 (1999).

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N°13, El derecho a la educación, E/C.12/1999/10 (1999).

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N°14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (2000).

Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° 172/84, Caso Broeks.

Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° 182/84, caso Van de Vries.

Comité de Derechos Humanos, Observación General N°31, The Nature of the General Legal Obligation Imposed on State Parties to the Covenant, 29 de marzo de 2004.

Comité de Derechos Humanos, Consideration of Reports Submitted by State Parties Under Article 40 of the Covenant: Concluding Observations of the Human Rights Committee: Spain, CCPR/C/ESP/CO/5, 5 de enero de 2009.

Comité de Derechos Humanos, General Comment N°34, Article 19: Freedoms of Opinion and Expression, Advanced Unedited Version, 21 Julio 2011.

Comisión Europea de Derechos Humanos, Appl. 6094/73, *Association v. Sweden*, D & R 9 (1978).

Comisión Europea de Derechos Humanos, *Caso Le Compte, Van Leuven y De Meyere*, Informe de 14 de Diciembre de 1979.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Airey v. Irlanda*, Sentencia de 9 de octubre de 1979.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Le Compte, Van Leuven y De Meyere*, decisión de 23 de junio de 1981.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Aksoy v. Turquía*, sentencia del 18 de diciembre de 1996.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Aydin v. Turquía*, sentencia del 25 de septiembre de 1997.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Mahmut Kaya v. Turquía*, sentencia de 28 de marzo de 2000.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos recaídas en los casos *Feldek vs. Eslovaquia* (2001), *Sürek vs. Turquía* (1999) y *Özdemir y Otros vs. Turquía* (2006).

UN Doc. HRI/MC/2006/7 del 11 de mayo de 2006.

OTROS DOCUMENTOS

Corte Suprema de Estados Unidos

376 US 255, 84 S.Ct., 710, 11 L.Ed.2d.686 (1964).

Associated Press vs. Walker, 18 L.Ed.2d. 1094 (1967).

Curtis Publishing Co. vs. Butts, 388 US., 130, 87 S. Ct., 1975.

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala Constitucional

Sentencia N°1939, de 18 de diciembre de 2008.